

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. ... DE MADRID

D. [REDACTED], Procurador de los Tribunales y de la mercantil **BANCO [REDACTED]** (actualmente **BANCO [REDACTED]**), representación que ostento y acredito mediante copia auténtica de la escritura de poder que acompaño al presente escrito con el ruego de que me sea devuelta por necesitarla para otros usos de carácter urgente, y bajo la dirección letrada de D. [REDACTED], Col [REDACTED] del Ilustre Colegio de Madrid, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

- I. Que mi representada ha sido emplazada mediante Decreto de fecha 18 de julio de 2019, notificado a esta parte el día 29 de julio del mismo año, concediéndole plazo para contestar la demanda interpuesta por D^a. [REDACTED]
- II. En virtud de lo anterior y por medio del presente escrito, siguiendo expresas instrucciones de mi mandante, de conformidad con los artículos 405 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, la “**LEC**”), dentro del término conferido, formulo escrito de **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA** con base en los siguientes hechos y fundamentos jurídicos;

HECHOS

PREVIO PRIMERO.- EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, esta parte entiende que concurre la excepción de cosa juzgada en el presente procedimiento, debiendo ser el mismo sobreseído y archivado, con imposición de costas a la parte actora.

La **Sección Número 6 de la Audiencia Provincial de Madrid, en los Autos de Procedimiento Abreviado nº 213/2014, dictó en fecha 1 de marzo de 2016 la Sentencia que se acompaña al presente escrito como Documento número 1,** acordando condenar al administrador de [REDACTED] S.L. como responsable de un delito continuado de apropiación indebida, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la meritada sociedad y **absolviendo**

a BANCO [REDACTED] (anterior [REDACTED]) de la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, hecho deliberadamente omitido por la parte contraria, que sin embargo, sí es perfectamente conocedora del procedimiento penal seguido ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

En concreto se establece literalmente (Vid. páginas 72 y 73):

“Por último, debe indicarse que no procede la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Banco [REDACTED]. En este sentido debe indicarse que ya el auto dictado por el instructor de fecha 6 de mayo de 2013 señaló que el Banco [REDACTED] (hoy Banco [REDACTED], S.A.) no podía ser responsable civil subsidiario porque no existía la obligación de abrir una cuenta especial y este criterio fue confirmado por el auto de 8 de mayo de 2015 dictado por la Sección II de esta Audiencia Provincial...”

Quiere esto decir que la pretensión que ahora se solicita por vía de la demanda que se contesta ya fue desestimada por sentencia en un procedimiento anterior que ya concluyó que **Banco [REDACTED], S.A. no podía ser responsable civil subsidiario porque no existía la obligación de abrir una cuenta especial en las Comunidades de Propietarios gestionadas por [REDACTED]**

La cosa juzgada tiene carácter externo respecto del proceso en el que se dicta la resolución investida de esta autoridad, por diferencia con la cosa juzgada formal que despliega sus efectos en el mismo proceso en el que se dicta. Supone la vinculación de cualquier tribunal y de las propias partes, al contenido de la resolución judicial por virtud de la autoridad de cosa juzgada, tanto en el sentido de constituir el punto de partida de lo que debe resolverse en el ulterior proceso, como por impedir volver a pronunciarse sobre lo ya resuelto, efectos positivo y negativo contemplados en el art. 222 de la LEC.

La cosa juzgada material es el efecto externo que una resolución judicial firme tiene sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa y positiva (STS 215/13 de 8 de abril, Roj STS 3513/2013 - ECLI: ES: TS: 2013:3513).

La cosa juzgada se proyecta sobre la cuestión sustantiva sometida a litigio y decidida definitivamente, esto es, lo que efectivamente ha decidido el órgano jurisdiccional y plasmado en la sentencia de acuerdo con las pretensiones formuladas por las partes, sin que el efecto de cosa juzgada alcance a simples razonamientos de la sentencia cuando no integran la *“ratio decidendi”* ni tienen reflejo en el fallo de la sentencia.

No podemos someter a debate judicial algo que ya está debidamente Juzgado y resuelto en el sentido de que el Banco [REDACTED] (entidad absorbida por Banco [REDACTED] no podía ser responsable civil subsidiario porque no existía la obligatoriedad de abrir una cuenta especial.

En este sentido, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Madrid, que declaró -en relación a la mercantil- que BANCO (entonces Banco) no era responsable civil subsidiario por no tener la obligación de exigir avales a la Promotora ni de aperturar una cuenta especial, el **Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid ha acordado el sobreseimiento de un procedimiento instado por otros compradores que habían suscrito un contrato con y que interpusieron una demanda frente a mi representada alegando ser responsable de las cantidades entregadas a cuenta de una vivienda.**

Pues bien, el aludido **Auto nº 210/2019, de fecha 14 de marzo de 2019**, entiende que se cumplen los requisitos para entender que existe **COSA JUZGADA MATERIAL** y, en definitiva, concluye que:

“(...) en este litis, es evidente que la exoneración de responsabilidad civil de la entidad bancaria en el primer pleito aparece como antecedente lógico del objeto del segundo pleito, resultando plenamente aplicable el Art. 222.4 LEC, según el cual: “Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”. Y ello para evitar que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes. Y el hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean planamente coincidente no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis (SSTS 1 de diciembre de 1997, y 12 de junio de 2008).

El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000). La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sea determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC nº. 2069/2000). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos

ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero)”.

De todo lo anterior se deduce que, **en el caso aquí enjuiciado**, esto es, en el procedimiento instado por la Sra. [REDACTED], en teoría actuando como heredera universal de [REDACTED], miembro de la Comunidad de Propietarios “CP [REDACTED]” contra mi representada BANCO [REDACTED] (anterior [REDACTED]) por las cantidades que supuestamente el demandante habría entregado a cuenta de la vivienda adquirida en virtud de un contrato de compraventa firmado con [REDACTED] -gestora de CP [REDACTED]-, **es perfectamente aplicable la argumentación jurídica del Auto nº 210/2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid en fecha 14 de marzo de 2018 en relación al Procedimiento Ordinario 1057/2017 (Documento núm. 2)**, del que ha tenido conocimiento esta parte recientemente, que sobresee un procedimiento de características prácticamente idénticas al objeto de la presente *litis*.

En el referido procedimiento, los demandantes ejercitaron exactamente la misma acción que se ejercita en el presente pleito, es decir, acción de responsabilidad contra mi representada, como entidad financiera receptora de unas supuestas cantidades para la entrega de una vivienda, todo ello amparado en la Ley 57/1968, es decir, que ni tan siquiera ahora se ejercita una acción diferente, sino que la demanda interpuesta en aquel procedimiento es idéntica que la que ahora nos trae causa. En este sentido, en el P.O. 1057/2017 se planteaba la misma cuestión que ahora se reproduce en esta *litis*, y respecto a la que SSª ha entendido que debía sobreseerse por concurrir los presupuestos para que exista **COSA JUZGADA MATERIAL**, a tenor del pronunciamiento de la SAP de Madrid de 1 de marzo de 2016, que en un asunto también de la promotora [REDACTED], absuelve a [REDACTED], S.A. (anterior [REDACTED]) de la declaración de responsabilidad civil subsidiaria por no tener la obligación de exigir avales a la promotora ni de aperturar una cuenta especial, al no ser parte en el contrato suscrito por los actores y [REDACTED]

En definitiva, toda vez que la mercantil [REDACTED] operaba de igual modo en todas sus promociones, a la vista de las diferentes sociedades implicadas, de la difusa relación entre las mismas, y de la ausencia de participación de BANCO [REDACTED], S.A. (entonces [REDACTED]) en este y otros procedimientos relativos a contratos con esta supuesta promotora, **resulta asimismo aplicable al presente procedimiento lo acordado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de marzo de 2016, debiéndose por tanto apreciar –al igual que lo ha hecho el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid respecto al PO 1057/2017– la concurrencia de cosa juzgada y, en consecuencia, ordenar el sobreseimiento de las presentes actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 421.1 de la LEC.**

PREVIO II.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA DEMANDANTE PARA RECLAMAR POR LAS SUPUESTAS CANTIDADES ANTICIPADAS POR [REDACTED] LA APORTACIÓN DEL TESTAMENTO DEL CAUSANTE NO ACREDITA POR SÍ SOLA LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE [REDACTED] PUES NO CONSTA DOCUMENTO QUE ACREDITE LA ACEPTACIÓN POR ÉSTA DE LA HERENCIA YACENTE.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la demanda formulada de adverso presenta graves carencias de imposible subsanación a la hora de construir la relación jurídico-procesal que subyace en la acción ejercitada por cuanto no concurre en el presente procedimiento, como parte demandante, la persona que en el año 2007 firmó el contrato de adhesión a la Comunidad de Propietarios y el posterior Contrato de Arrendamiento de Servicios con la promotora.

Como sostiene pacíficamente nuestro más Alto Tribunal, la legitimación activa, en relación con el caso concreto, especifica el alcance efectivo del derecho general de accionar, reconocido por el artículo 24 de la Constitución y, consecuentemente, apareja, si no es aplicado rectamente, una objetiva denegación de justicia. Tal poder concreto, en los asuntos civiles se considera ínsito en quien por afirmar la titularidad del derecho pretende acreditar por ello el máximo interés en su satisfacción. **Si bien, la legitimación no radica únicamente en la mera afirmación de un derecho sino que, además, depende de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. A este respecto, no consta en la documental aportada con la demanda Escritura de aceptación de Herencia que certifique que efectivamente la Sra. es titular de los supuestos derechos adquiridos del Sr. Por tanto, la demandante carece de legitimación para hacer valer derechos cuya titularidad no está mínimamente justificada.**

En suma, la legitimación en el proceso civil, se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la **adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende**, lo que se traduce en que la legitimación comporta siempre una *questio iuris* y no una *questio facti* que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen.

Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que en ocasiones se confunda la legitimación *questio iuris* con la existencia del derecho discutido, el cual exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran. **En consecuencia, con los hechos expuestos y la falta absoluta de acreditación de aceptación de la herencia, la demanda debe ser desestimada por falta de legitimación actica de Dña.**

PREVIO III.- YA PROMOVIÓ UNA DEMANDA JUDICIAL CONTRA LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CB Y, S.L. EN DICHO PROCEDIMIENTO INSTABA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ADHESIÓN DE FECHA 27 DE FEBRERO DE 2007 POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, SOLICITANDO LA DEVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD DE 202.116,65.-€.

Con carácter previo a cualquier otra consideración, negamos la veracidad de cuanto se expone en el relato fáctico contenido en el escrito de demanda. Si bien profundizaremos a lo largo de la presente contestación, interesa poner de manifiesto, en primer lugar, que de la documental acompañada con el escrito de demanda **no consta que hubiera suscrito contrato alguno de compraventa**. Vemos como en la demanda que por la presente se contesta se habla de un contrato de compraventa que se dice haber aportado como Documento nº 8.

No obstante, tal y como afirma la propia demandante en el Fundamento de Derecho CUARTO –puesto que el escrito de demanda no está siquiera numerado–en fecha 2 de julio de 2010, esto es, hace ya 9 años, interpuso una demanda de juicio declarativo ordinario contra la Comunidad de Propietarios y contra, S.L., solicitando la resolución del contrato de adhesión de fecha 27 de febrero de 2007 por incumplimiento del mismo por parte de la promotora, con la consiguiente devolución de las supuestas cantidades abonadas a la Comunidad por parte del Sr.

En dicha demanda, que consta aportada a los presentes autos como Documento nº 18, vemos como en el hecho primero el Sr. afirma que firmó un **contrato privado con, donde pactaron un acuerdo de adhesión y arrendamiento de servicios para la construcción y compra de una vivienda** en el (Madrid). Por lo tanto, la propia actora reconoce que lo que firmó en calidad de comunero con la sociedad, S.L. dista mucho de ser un contrato de compraventa. En este sentido, de los documentos aportados de contrario en los que consta la adhesión a la Comunidad en calidad de autopromotor, no se afirma que se pretenda la compra de una vivienda en ninguno de ellos, sino que en todo momento se habla de construcción – es decir autopromoción.

En todo caso, vemos como la actora ha acompañado a su escrito (Documento nº 18) la demanda interpuesta ante los juzgados de Madrid. Sin embargo, nada sabemos respecto a que sobrevino en el procedimiento instado por el Sr., toda vez que la demandante no ha aportado ningún tipo de Sentencia o resolución que acredite la finalización, renuncia, desistimiento o transacción acontecida en el seno de dicho procedimiento.

Vemos como la única mención que hace la actora al respecto es que, una vez presentada una querrela criminal contra (uno de los administradores de), “continuar con el procedimiento ordinario por parte de, carecía de sentido”.

A este respecto, ya desde este momento debemos poner de manifiesto que la reclamación efectuada jamás podrá prosperar toda vez que ni siquiera concurre el presupuesto básico de la misma, el incumplimiento de la promotora. **Con los debidos respetos, la ocultación de la consecución o desarrollo de ese procedimiento judicial supone una conducta absolutamente reprobable que en ningún caso debe encontrar el más mínimo amparo judicial.**

PRIMERO.- DE LOS HECHOS OBJETO DE LITIS.

En fecha 27 de febrero de 2007 (vid. Documento núm. 8 de la demanda), el padre de la demandante suscribió un contrato con [REDACTED], S.L. (en adelante, [REDACTED]), en concepto de gestora de la entidad COMUNIDAD DE PROPIETARIOS [REDACTED] (en adelante, [REDACTED]).

En virtud de este contrato, el Sr. [REDACTED] (en calidad de COMUNERO-AUTOPROMOTOR) adquiriría una participación indivisa de la parcela definida en el contrato equivalente a un porcentaje sobre el conjunto que sería determinado por la denominada “gestora” en el momento del otorgamiento de las escrituras de compra del suelo, obra nueva y división horizontal.

Según el contrato, del que en ningún caso era parte mi representada, se otorgaba a este comunero el derecho sobre la vivienda del piso segundo, letra A, del portal seis, así como un trastero y una plaza de garaje sin numerar, sita en el término municipal de Sanchinarro de Madrid (Vid. Documento núm. 8 del escrito de demanda).

El valor asignado a la propiedad que el comunero tuvo interés en que se le adjudicara ascendía a un total de **335.653,65.-€, IVA incluido**, según la estipulación octava del contrato. Pues bien, en el contrato formalizado se previó que la citada cantidad fuera satisfecha de la siguiente manera:

1. 3.000.-€ “en concepto de reserva y señal”. **Esta reserva no es siquiera una cantidad a cuenta de la compra de una vivienda**, y además tampoco consta acreditado su pago por parte del Sr. [REDACTED]. En este sentido, aporta la demandante una suerte de cheque del que únicamente sabemos que fue emitido en una sucursal de [REDACTED] sita en Alcobendas (Madrid) y posteriormente compensado en Banco [REDACTED].

A este respecto, debemos poner en conocimiento del juzgado un hecho que entendemos es susceptible incluso de responsabilidad penal. Y es que el cheque por importe de 3.000.-€ descontado supuestamente en una cuenta de BANCO [REDACTED] está emitido el 7 de febrero de 2007. Sin embargo, vemos como en teoría fue compensado en Banco [REDACTED] un día antes de su emisión, el 6 de febrero de 2007, como consta en el sello de la propia entidad, y también de forma manuscrita en el propio documento. **Huelga decir que es imposible que un documento cambiario sea compensado un día antes siquiera de su emisión.**

2. 191.116,65.-€ “mediante documento bancario y/o metálico”, por dos importes respectivos de 144.062,40.-€ y 47.054,25.-€.
3. El resto, 141.537,00.-€, lo retiene el Comunero “para hacer frente y subrogarse en el crédito hipotecario que se solicitará”.
4. Pretende también la demandante la restitución de 8.000.-€ (“que entrega en este acto”) en concepto de provisión de fondos para gastos legales. Pues bien, respecto a los teóricos 8.000.-€ ingresados “como provisión de fondos para gastos legales”, **más allá de que estas cantidades ni siquiera son cantidades a cuenta de la compra de una vivienda**, es que tampoco constan mínimamente acreditadas, aportando la demandante una suerte de cheque del que únicamente sabemos que fue emitido en una sucursal de [REDACTED] sita en Alcobendas (Madrid), sin que guarde una mínima relación no ya con el BANCO [REDACTED] es que ni tan siquiera con la parte demandante. En adición, el contrato es de fecha 27 de febrero de 2007 y sin embargo el cheque bancario está emitido con posterioridad, con lo que incumple lo estipulado en el Contrato en relación con la entrega en el acto.

En consecuencia, entiende la actora que Banco [REDACTED] (actualmente [REDACTED]) es responsable de los daños y perjuicios causados y ha de reparar los perjuicios económicos, los daños morales y el **lucro cesante causado, reconociendo de forma explícita el ánimo especulador en la autopromoción llevada a cabo por [REDACTED]** Por todo ello, en el presente procedimiento se reclama una cantidad ascendente a **DOSCIENTOS DOS MIL CIENTO DIECISÉIS EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS (202.116,65.-€)**, desglosados por la demandante en su demanda de la siguiente forma:

- 3.000 euros en fecha de 7 de febrero de 2007
- 144.062,40 euros en fecha de 3 de Julio de 2017
- 8.000 euros en fecha de 3 de Julio de 2017
- 47.054,25 euros en fecha de 3 de Julio de 2017

Sentada esta premisa y **ante la incapacidad de esta parte** –dada la imprecisión del escrito de demanda– dicho sea con el debido respeto y en términos de estricta defensa- **para determinar los efectos con cargo a los cuales las cantidades cuya restitución de contrario se reclama, esta representación va a proceder a analizar cada uno de los documentos que bajo los números 5, 6 y 7 del escrito de demanda se aportan por la actora, por cuanto de todos ellos no puede colegirse en modo alguno la responsabilidad que de adverso de pretende imputar a mi representada.**

1. En primer lugar, es preciso llamar la atención del Juzgador al que tengo el honor de dirigirme en cuanto a la **existencia de importes que carecen de todo respaldo contractual** (vid. Documento núm. 5 y 6 del escrito de demanda). En este sentido, se aporta por la demandante una suerte de cheque del que únicamente sabemos que fue emitido en una sucursal de sita en Alcobendas (Madrid) y posteriormente fue teóricamente compensado en Banco **Vemos en primer lugar como el meritado cheque no guarda relación alguna con el Sr., pudiendo haber sido emitido por cualquier persona. Como decimos, ni tan siquiera es un hecho mínimamente acreditado que el supuesto pago fuera abonado o cargado en una cuenta titularidad de**

En adición, observamos también que el cheque por importe de 3.000.-€ descontado supuestamente en una cuenta de BANCO está emitido el 7 de febrero de 2007. Sin embargo, vemos como en teoría fue compensado en Banco [REDACTED] un día antes de su emisión, el 6 de febrero de 2007, como consta en el sello de la propia entidad, y también de forma manuscrita en el propio documento. Huelga decir que es imposible que un documento cambiario sea compensado un día antes siquiera de su emisión.

Por último, vemos como el cheque **carece de cualquier concepto del que poder inferir, siquiera mínimamente, que se realizaba en concepto de anticipo de vivienda. Es más, vemos como en ninguno de los supuestos justificantes de pago aparece concepto alguno.**

2. **Respecto a los 191.116,65.-€, “mediante documento bancario y/o metálico”**, pretenden acreditarlo mediante dos cheques bancarios (que no guardan relación alguna con mi representada) **por importes respectivos de 144.062,40.-€ y 47.054,25.-€**. Pues bien, más allá de que los justificantes parecen ser fotocopias que contienen incluso fragmentos ilegibles y contrapuestos, lo que ya de por sí pone en entredicho la autenticidad de tales pagos, es que además los presuntos cheques se presentaron al pago con fecha 7 de marzo de 2007 (según la demanda con fecha 7 de julio de 2017), en todo caso, de forma absolutamente diferente a lo estipulado en el contrato, que expresamente declara que dichos pagos ya se han realizado.

En adición, vemos como uno de ellos está dirigido a, S.L. y otro a C.P. RESIDENCIAL, (el primer cheque es directamente ilegible) lo que evidencia que ni tan siquiera el Sr..... actuó acorde con lo reflejado en el contrato aportado como Documento nº 8 de la demanda. Ello evidencia, aún más si cabe, la forma en que deliberadamente la actora se ha separado de los términos contractuales fijados, por cuanto su fecha de emisión es muy posterior a la fecha en que habrían sido emitidos a pesar de que en el contrato se declara expresamente que se tienen por hechos tales pagos a la fecha del contrato (27.02.2007). Por otra parte, debemos reiterar que ninguno de estos cheques guarda relación alguna con mi representada, ni tampoco con la propia demandante o el Sr. [REDACTED]. El único dato que reflejan los supuestos anticipos –pues por supuesto carecen de concepto alguno– es que fueron emitidos en una oficina de “[REDACTED]” sita en Alcobendas.

3. Ahondando en la absoluta falta de correlación entre los anticipos y lo estipulado en el Contrato, debemos hacer mención a la Estipulación Duodécima del mismo, donde expresamente se declaró que las cantidades entregadas por los Comuneros serían ingresadas en la cuenta abierta a nombre de CP (la comunidad de bienes constituida al efecto) en la entidad BANCO (actualmente, BANCO). **Recordemos, como ya se ha advertido, que BANCO no era parte del contrato aportado como Documento núm. 8 de la demanda, y por tanto era completamente ajeno a las previsiones allí establecidas.**

Pues bien, vemos como en dicha cláusula no se previó el ingreso de cantidad alguna en cuentas titularidad de, cuando según el relato de la demanda se habrían realizado también ingresos en cuentas titularidad de esta mercantil.

Llegados a este punto, debemos traer a colación, si bien incidiremos posteriormente, la recentísima **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 19 de septiembre de 2018 (Ponente D [REDACTED])**:

“Al no ser la responsabilidad legal de la entidad de crédito depositaria una responsabilidad «a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador, sino, como establece el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 y declara la jurisprudencia, una responsabilidad derivada del incumplimiento de los deberes que les impone dicha ley» (sentencia 502/2017, de 14 de septiembre), esta sala ha descartado su responsabilidad en casos como este en que los pagos del comprador al vendedor se hagan al margen del contrato y sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria (por ejemplo, sentencias 420/2016, de 24 de junio, 436/2016, de 29 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre, además de la ya citada 102/2018, de 28 de febrero”.

Debemos hacer referencia también, dado su carácter reciente y la coincidencia en cuanto a esta promotora, a la **Sentencia núm. 174/2019 del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Madrid**, de 4 de julio de 2019 (que, habiendo adquirido firmeza, se acompaña como **Documento núm. 3**) que desestima íntegramente la demanda interpuesta frente a Banco [REDACTED]

Sobre la capacidad de control de los ingresos o la disparidad entre lo que recoge el contrato y la actuación de la demandante, idéntica en el presente supuesto, razona;

“En el caso que nos ocupa, y atendiendo al contrato suscrito, resulta que, haciendo abstracción de los 500 euros satisfechos al parecer con anterioridad en concepto de reserva y señal, y que no forman parte de la reclamación, se abonaron 81.030 euros EN ESE MISMO ACTO mediante cheques por los importes respectivos de 26.850 euros y de 54.180 euros, teniéndose dichos pagos por realizados. Por tanto, difícilmente podría la entidad bancaria tener un control sobre unos pagos que se hacen en el mismo momento de la contratación, mediante la entrega no se sabe muy bien a quién de un cheque por importe de 26.850 euros a favor de [REDACTED] PROMOCIONES S.L., y otro cheque de 54.180 euros a favor de C.P [REDACTED], estableciéndose además en el contrato, para mayor confusión, que esas cantidades entregadas por los comuneros iban a ser ingresada en una cuenta de BANCO [REDACTED] a nombre de la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, y no de [REDACTED] S.L.”

Destaca también que los ingresos mediante cheques en el momento de celebración del contrato dificultan la capacidad de control, y que BANCO [REDACTED] no era la entidad que financió la promoción. También hace mención a las cantidades supuestamente ingresadas como provisión para gastos legales, **incidiendo en que el propio contrato señala que dicha cantidad no se satisface como pago anticipado de la vivienda, sino como provisión de fondos para gastos legales, finalidad ajena a la Ley 57/1968.**

4. Por último, pretende también la demandante la restitución de 8.000.-€ (“que entrega en este acto”) en concepto de provisión de fondos para gastos legales. Pues bien, respecto a los teóricos 8.000.-€ ingresados “como provisión de fondos para gastos legales”, **más allá de que estas cantidades ni siquiera son cantidades a cuenta de la compra de una vivienda**, es que tampoco constan mínimamente acreditadas,

aportando la demandante una suerte de cheque del que únicamente sabemos que fue emitido en una sucursal de [REDACTED] sita en Alcobendas (Madrid), sin que guarde una mínima relación no ya con el BANCO [REDACTED], es que ni tan siquiera con la parte demandante. **En adición, el contrato es de fecha 27 de febrero de 2007 y sin embargo el cheque bancario está emitido con posterioridad, con lo que incumple lo estipulado en el Contrato en relación con la entrega en el acto.**

Además, en relación con las cantidades reclamadas, deben realizarse una serie de aseveraciones:

- i. **No se ha acreditado fehacientemente el efectivo pago por la parte actora de las cantidades reclamadas.**
- ii. **No consta acreditado que las cantidades reclamadas fueran efectivamente ingresadas en cuentas de [REDACTED] o de la comunidad bienes CP [REDACTED] abiertas en BANCO [REDACTED]**
- iii. **Las cantidades reclamadas en la presente *litis* no se encuentran amparadas en el contrato celebrado entre la parte actora y [REDACTED]**
- iv. **Los anticipos supuestamente realizados se efectuaron mediante cheques, carentes además de todo concepto. Estos métodos de pago son inidóneos para establecer la responsabilidad "*in vigilando*" de la entidad encargada de recibir todos los anticipos de los adjudicatarios de la promoción, puesto que mi mandante no pudo conocer el negocio subyacente que motivó la operación, lo que en su caso le habría permitido concertar las preceptivas garantías.**
- v. **La parte actora decidió voluntariamente actuar en contra de lo estipulado en el contrato, efectuando los anticipos de manera indistinta a favor de [REDACTED] o de la comunidad de bienes CP [REDACTED], lo que privó a mi representada de su capacidad de control.**

Teniendo en cuenta lo anterior, la parte actora ejercita una acción solicitando la responsabilidad de mi mandante de conformidad con el contenido de la Ley 57/1968 por los supuestos pagos efectuados a cuenta del precio del terreno adquirido mediante el contrato suscrito con [REDACTED] de fecha 27 de febrero de 2007.

A este respecto, ya desde este momento debemos poner de manifiesto que dicha acción no podrá jamás prosperar puesto que, además del resto de argumentos esgrimidos, no concurre el presupuesto básico de la misma, el incumplimiento de la promotora. Tal y como hemos

expuesto en el Preliminar *ut supra*, en este supuesto **no se acredita que la vivienda no fuera puesta a disposición del comprador y lo único que sabemos es que el Sr. [REDACTED] interpuso un procedimiento judicial del que se nos ha ocultado su resultado.**

En adición, debemos referirnos al Documento núm. 1 de la contestación a la demanda –Testamento de D. [REDACTED]– donde consta que su domicilio estaba sito en la C/ casualmente, en el área residencial de Sanchinarro (Madrid), precisamente el mismo área residencial donde en teoría se desarrolló la promoción por parte de

Consecuentemente, **no resulta justificado que decida solicitar una responsabilidad a mi mandante porque finalmente no recibió su vivienda, alegando normativa –como la Ley 57/1968- que protege el derecho de acceso a la vivienda, cuando vemos como el Sr. ya residía en el término de Sanchinarro y si adquirió una nueva vivienda, evidentemente lo fue con evidente ánimo especulador.**

Pues bien, de adverso se pretende hacer creer al Juzgador que mi representada, BANCO, debe responder en virtud de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 1 de la Ley 57/1968 por los importes supuestamente anticipados por la actora a cuenta de la vivienda en cuestión.

No obstante, ninguna prueba se ofrece de adverso que relacione los citados pagos con BANCO, por lo que la pretendida responsabilidad de mi representada no puede surgir por el hecho de que se previera el ingreso de los anticipos en una cuenta abierta en BANCO, más si cabe cuando mi mandante no era parte del citado contrato y, por tanto, no conocía su contenido.

A mayor abundamiento, ni BANCO ni BANCO concedieron ningún tipo de financiación de cara a desarrollar la promoción litigiosa, lo que le aleja aún más si cabe de la eventual responsabilidad *in vigilando*. Efectivamente, no se acompaña de adverso **ninguna prueba que haga presumir que BANCO era el encargado de financiar la promoción objeto de este litigio** y, por tanto, de velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Dicho de otro modo, **en ninguno de los documentos aportados de contrario figura concepto alguno que permita identificar que se trataba de ingresos en concepto de anticipos para la adjudicación de una vivienda.**

Pues bien, además de las carencias probatorias de la demanda, debe atenderse a la difusa relación entre las diversas sociedades que participaron en el desarrollo de la promoción, y que

dificultaban más si cabe la actuación de mi representada de cara a las previsiones de diligencia de la Ley 57/1968:

- [REDACTED] que a la vista de lo alegado en la demanda actuó como mera gestora administrativa, y que según se indica en la demanda era la encargada de la promoción inmobiliaria;
- CP [REDACTED], comunidad de bienes que aglutina a los diversos comuneros interesados en la adjudicación de las viviendas en promoción; sin embargo, la finalidad de la constitución de esta comunidad de bienes era completamente ajena a mi representada, que no era parte en los contratos de adjudicación y por tanto no conocía el funcionamiento de la promoción (recordemos que no actuó como entidad financiadora); y
- Las diversas empresas constructoras que participaron en el desarrollo de los inmuebles a lo largo del tiempo.

Pues bien, la relevancia de tal difusa relación entre unas y otras sociedades y los propios comuneros se hace patente de cara a determinar el grado de responsabilidad de mi representada a la hora de constituir las garantías que prevé la Ley 57/1968. A la vista de las diferentes sociedades implicadas y de la ausencia de participación del banco en los hechos ahora litigiosos (ni siquiera en forma de financiador de la promoción), resulta poco o nada razonable que se exigiera a la entidad revisar todas y cada una de las cuentas bancarias abiertas por cada una de las sociedades implicadas para comprobar si se estaban realizando ingresos a cuenta del precio de viviendas en promoción. Tal grado de diligencia no resulta exigible, por lo que en ningún caso puede desprenderse la responsabilidad in vigilando reclamada de adverso.

Además, debe señalarse **que el deber de las entidades bancarias de exigir la existencia de garantías** para permitir a una promotora la apertura de una cuenta corriente en la que se vayan a percibir anticipos a cuenta **es aplicable únicamente frente a entidades promotoras, pero no sobre terceras entidades.**

Es decir, el ámbito de protección de la referida Ley se limita a los anticipos ingresados en cuentas de una promotora y no se extiende a los ingresos realizados en terceras entidades, por lo que dichas cantidades no se encuentran amparadas por la protección de la Ley 57/1968.

Asimismo, de los propios hechos puestos de manifiesto en la demanda puede deducirse que nos hallamos ante una **autopromoción** por parte de un **comunero-autopromotor**, según la terminología empleada por el propio contrato, que conforman la comunidad de bienes. Esto es, que se constituyó la comunidad de bienes precisamente para desarrollar la promoción

inmobiliaria (algo que desconocía el banco), quedando la participación de [REDACTED] reducida a una mera gestión administrativa.

Así las cosas, la demandante pretende lucrarse injustamente a través de mi representada, cuando es consciente de que el principal causante del daño acaecido es la propia comunidad de bienes de la que forma parte, que no constituyó las garantías previstas en la Ley 57/1968, faltando así a sus mínimos deberes de diligencia.

En otro orden de cosas, es preciso llamar la atención del Juzgador al que tengo el honor de dirigirme respecto a la previsión contenida en la estipulación decimoséptima del contrato suscrito entre el Sr. [REDACTED] y [REDACTED] (vid. Documento núm. 8 de la demanda), la cual preveía que: *“si la entidad gestora, por cualquier motivo, considerare que no puede llevar a cabo la construcción proyectada, lo comunicará así al COMUNERO y le reintegrará la totalidad de las cantidades percibidas”*.

Así las cosas, es preciso significar **correspondía a [REDACTED] la restitución de las cantidades aportadas por los comuneros-autopromotores, sin que pueda trasladarse a mi representada el hecho de que no haya dado cumplimiento a la meritada cláusula.**

A pesar de lo expuesto, a mayor abundamiento, tampoco sería de aplicación la Ley 57/68 por incurrir [REDACTED] en la condición de especulador, al adquirir una nueva vivienda en el mismo área residencial de Sanchinarro.

Asimismo, el propio contrato prevé en su estipulación decimosexta **la posibilidad de que el comunero-autopromotor pueda ceder los derechos derivados del contrato “a otra u otras personas, las que adquirirán los derechos y asumirán las obligaciones contraídas por el comunero-autopromotor cedente (...)”**.

Es preciso señalar que **la parte actora no prueba en modo alguno en su escrito de demanda que la intención de la adquisición era de vivienda temporal o permanente**. En este sentido, y sin perjuicio de que en sede de fundamentación jurídica sea analizado en mayor detalle, se ha pronunciado la recentísima **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Valencia, nº 278/2018, de 12 de septiembre de 2018**, que dispone:

“(...) lo cierto es que la parte actora no ha aportado, ni promovido la práctica de prueba alguna, con el objeto de acreditar el destino del inmueble objeto de la compraventa. Inactividad que comporta que no puede entenderse acreditado que el inmueble estuviese destinado a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial, lo que implica la exclusión del contrato litigioso del ámbito de protección de la Ley 57/1968, lo que conlleva la desestimación directa de la demanda, sin que pueda entrarse en el examen de las restantes cuestiones planteadas” (Énfasis añadido).

Conforme a la configuración e interpretación dada por nuestro Tribunal Supremo a la Ley 57/68, se trata de una norma pionera en materia de protección a los consumidores. De hecho, **es una cuestión pacífica que únicamente es de aplicación en aquellos casos en que se adquieran viviendas y se destinen para su uso particular, bien como residencia permanente, bien como residencia de temporada.**

Pero, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se citará en sede de fundamentación jurídica, la Ley 57/1968 excluye de su ámbito de protección a los compradores que actúen con carácter especulativo, así como a quienes adquieren una vivienda en construcción como inversión sin ánimo de residir en ella, bien para revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente.

Por lo tanto, la Ley 57/68 no extiende su protección a los supuestos en los que se compren inmuebles distintos de la vivienda, ni a aquellos casos en que el adquirente tenga la intención de comprar una vivienda con fines especulativos, bien sea para revenderla o para alquilarla, pues la operación se aparta de la finalidad pretendida en la Exposición de Motivos de la citada Ley de proteger o defender la vivienda como bien de primera necesidad.

En este sentido, y sin perjuicio de que se profundizará sobre ello en la fundamentación jurídica del presente escrito, debemos traer a colación la recentísima **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 360/2016, de 1 de junio**, que recoge y matiza la línea jurisprudencial mantenida por la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 142/2016, de 9 de marzo**. Esta última define con claridad que la protección que otorga la Ley 57/1968 es exclusivamente para aquellas viviendas adquiridas para *“uso residencial, incluso de temporada”*.

Por último, resulta necesario llamar la atención sobre **el retraso desleal** que concurre en este supuesto ya que se solicita de forma principal el devengo de intereses desde la supuesta entrega de las cantidades hasta la fecha de la sentencia y, a partir de ésta, los que se devenguen por mor el artículo 576 LEC.

En definitiva, por medio del presente escrito de contestación a la demanda, vendremos a acreditar las carencias probatorias de la parte actora, así como que BANCO [REDACTED] no es responsable de la devolución de las cantidades que se le reclaman y ello porque no ha incurrido en responsabilidad alguna por incumplimiento de los deberes legales que le impone la Ley 57/1968.

SEGUNDO.- LA DIFUSA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE, LA COMUNIDAD DE BIENES Y LA PARTE DEMANDANTE, EN TODO CASO, AJENA A MI REPRESENTADA.

De adverso, se acompaña como Documento número 8 de la demanda, el contrato suscrito entre BITANGO, en su calidad de gestora, y la parte actora en cuya virtud se la otorgaba a esta última el derecho sobre el terreno litigioso sobre el cual se desarrolló la **promoción correspondiente a la comunidad de bienes**, como en lo sucesivo se procederá a detallar.

En el referido contrato de adjudicación sobre la vivienda sita en la parcela, sita en el término municipal de Madrid, se establece la forma en que la parte actora afrontaría el pago del inmueble, pactándose un calendario de pagos concreto.

Analizadas las estipulaciones del referido contrato, podemos observar que en la estipulación duodécima se hace referencia a que las cantidades entregadas por los comuneros serán ingresadas en una cuenta titularidad de la comunidad de propietarios aperturada en BANCO

Sin embargo, se alega por la parte demandante que la promotora de la vivienda litigiosa era realmente la mercantil, y no la comunidad de bienes.

Esto significa que en el propio contrato de adjudicación se establecía que el ingreso de las cantidades en concepto de anticipos a cuenta para la adjudicación de vivienda se realizaría en una persona jurídica distinta de la promotora.

A mayor abundamiento, **no puede inferirse de la redacción contractual referencia alguna a la Ley 57/1968**. Como tampoco se identifica con el carácter de especial, que exige la referida ley, la cuenta que siendo titularidad de la comunidad de propietarios se aperturó en mi representada, ni se expone que ésta se encuentre destinada únicamente a la percepción de las cantidades ingresadas por los comuneros.

Evidentemente, la lógica lleva a pensar que los ingresos que se realicen en una cuenta abierta por una COMUNIDAD DE PROPIETARIOS serán relativos a los gastos ordinarios de la comunidad, como serían los gastos de administración, gastos generales de la comunidad, mantenimiento, servicios, etc.

Como resulta obvio, esta **compleja relación entre las partes intervinientes en el contrato y en la promoción hacía imposible** para mi representada cumplir con el deber de vigilancia contenido en el art. 1.2. de la Ley 57/1968 y le impedía conocer el origen y destino de las cantidades supuestamente ingresadas por la parte demandante. Más aun cuando toda la justificación que encuentra la parte actora para interponer la presente demanda frente a mi representada se basa en la Estipulación Duodécima del contrato, pactada por ella con, en la que se establece que realizará los anticipos a cuenta para la adjudicación de la vivienda en una cuenta de la

comunidad de bienes. Estipulación contractual de la que la parte actora decide voluntariamente apartarse, puesto que los ingresos supuestamente realizados habrían sido efectuados indistintamente a y a la comunidad de bienes

Es aquél el único nexo en la presente litis con mi representada, puesto que del relato fáctico de la demanda y de la prueba aportada por la parte actora no se observa intervención alguna de BANCO ni en la financiación de la promoción, ni en la apertura de cuenta titularidad de, ni tan siquiera en los movimientos que se aportan como intento de acreditar los pagos se contiene la más mínima mención a la entidad BANCO

Asimismo, en relación con lo anterior, el artículo 1257 del Código Civil consagra el **principio de relatividad de los contratos**, estableciendo que los mismos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

Este ha sido abordado tanto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que ha establecido que no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (STS de 1 de junio de 2001). En este sentido, que el efecto del contrato sea relativo, implica que no puede hacer nacer una obligación a cargo de persona extraña a su conclusión, como señala

Para, de otra parte, la relatividad puede entenderse, atendiendo a la consideración del contrato como fuente de obligaciones y derechos, en el sentido de que quienes se obligan por el contrato son única y exclusivamente las partes contratantes y sus sucesores, quedando excluidos de la posición de deudor o acreedor quienes no han concurrido en la formación de la voluntad contractual.

En suma, podemos citar entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 69/2011, de 11 de abril, que establece:

“El artículo 1257 del Código civil EDL 1889/1 establece como principio general que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (SSTS de 23 de julio de 1999 EDJ 1999/21400 , 9 de septiembre de 1996 EDJ 1996/6488 Por ello si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos la autonomía existe”.

De todo lo expuesto se deduce que, en la medida en que nuestra defendida no es parte en el contrato, no se le extienden sus efectos y no puede verse obligada, con base en el mismo, al pago de las cantidades reclamadas.

Mucho menos a la vista de la difusa relación jurídica y contractual de las partes intervinientes en el contrato, en la que voluntariamente participó la parte actora, consintiendo que el proceso de promoción y de realización de los anticipos de efectuase de tal manera.

TERCERO.- NO HA GARANTIZADO LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES SUPUESTAMENTE ENTREGADAS POR LA PARTE DEMANDANTE.

La Ley 57/1968 ya citada, establece, a tenor de su artículo 1, la obligación al promotor de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la compra de la vivienda, mediante **contrato de seguro** (otorgado con entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros) o por **aval solidario** (prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros), para el caso de que la construcción no se inicie, o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

No resulta controvertido en los presentes autos que y/o la comunidad de bienes no prestaron nunca las garantías exigidas por la Ley 57/1968, como la parte actora afirma en reiteradas ocasiones a lo largo del relato fáctico de su demanda, por lo que **la inexistencia de aval emitido por BANCO [REDACTED] que garantizara la devolución de las cantidades entregadas por la parte actora no es controvertida.**

En el presente caso, además, ni la gestora ni la parte actora han requerido a mi representada para que se otorgasen los referidos avales, ya que de contrario se alude a que se ha requerido en varias ocasiones, tanto a la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS [REDACTED] como a la entidad [REDACTED]. la entrega de las debidas garantías legales obligatorias previstas en la Ley 57/1968, no recibiendo respuesta a nuestras solicitudes y quedando posteriormente acreditado que las mismas no fueron contratadas. **La parte actora no aporta documento alguno que acredite que tales requerimientos fueron efectuados** y, sin que dicha comunicación pueda considerarse como tal, ya que ésta no tiene por objeto el requerimiento para que aquellas garantías fueran constituidas, sino la devolución de las cantidades que la parte actora habría ingresado en las cuentas de mi representada.

De hecho, como se ha indicado, no se aporta prueba alguna que acredite este hecho y ello porque no existen los citados requerimientos. Por lo tanto, en pleno cumplimiento de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo no se le puede exigir a mi mandante responsabilidad alguna al respecto.

En este sentido, **en ningún momento BANCO [REDACTED] ha suscrito póliza, contrato de fianzamiento, o aval, por medio de los cuales asuma jurídicamente la posición de garante de la promoción litigiosa**, por lo que mi representada jamás asumió jurídicamente ninguna posición de garante de las obligaciones asumidas por la promotora, derivadas de la Ley 57/1968 en relación con la vivienda que nos ocupa.

Interesa recordar que, conforme establece el artículo 1827 del Código Civil, la posición de fiador: *“no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella”*, y, en esta misma línea, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo a través de su sentencia núm. 322/2015, de 23 de septiembre, en donde establece la exigencia de observar mediante prueba clara y concluyente que el contrato de aval o seguro otorgado por una entidad bancaria a un promotor, se efectúe en devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, para esa concreta vivienda.

Expuesto lo anterior, pasamos a contestar la pretensión de responsabilidad *in vigilando* que se ejercita frente a mi representada.

CUARTO.- EL DEBER DE VIGILANCIA IMPUESTO A LA ENTIDAD, DERIVADO DE LA LEY 57/1968.

A pesar de lo ya expuesto respecto del ámbito de aplicación de la ley que estamos analizando, relativa a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por la compra de viviendas, el artículo 1.2 de la Ley 57/1968, en su párrafo 2º, dispone que los bancos donde las promotoras abran la denominada cuenta especial, deberán *“bajo su responsabilidad”* exigir aval o seguro para garantizar las cantidades que en concepto de anticipo vayan ingresando los compradores.

En concreto, la redacción aludida establece:

“Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”.

Es decir, el deber de vigilancia que se impone a las entidades financieras, desde la redacción de la Ley 57/1968 consiste, en todo caso, en verificar que el promotor contaba con aval o seguro, de forma previa a abrir la denominada *“cuenta especial”* y, en caso de no haberse formalizado, de forma subsidiaria se imputa una responsabilidad a la entidad por haber velado por su cumplimiento.

La razón de ser del deber de vigilancia se ha venido interpretando jurisprudencialmente en contraprestación por los *“posibles beneficios que obtiene el banco durante el proceso de promoción de las viviendas”*, de entre los que cabe destacar la subrogación por parte de los compradores en la posición de la promotora, respecto de la operación hipotecaria inicial del promotor.

Pues bien, en el presente caso, a pesar de que en el contrato privado con [REDACTED], (donde pactaron un acuerdo de adhesión y arrendamiento de servicios para la construcción y compra de una vivienda) ya se hace constar que el comunero se subrogará en el préstamo hipotecario que gravará cada finca, no se hace la más mínima mención a quién sería la entidad con la que se celebraría el citado préstamo.

Es más, mi representada no fue la encargada de financiar la promoción litigiosa. BANCO no otorgó el préstamo para que la titular del suelo lo adquiriese, como tampoco concedió posteriormente préstamo promotor alguno para el desarrollo de la promoción en que se encontraba la vivienda litigiosa. Por ello, mi representada no es quien se ha lucrado de la financiación de la promoción y, por ende, la que tenía que velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968.

Con base a lo expuesto, nos encontramos en posición de aseverar que, para que prospere la acción de responsabilidad instada de adverso, ante el incumplimiento del deber de vigilancia que impone a las entidades financieras la Ley 57/1968, es preciso que la misma:

- (i) Se dirija contra el banco responsable, esto es, el encargado de abrir la denominada “cuenta especial”, a través de la cual se recibían las entregas a cuenta de la promoción litigiosa, y que por contraprestación se lucraba con la financiación de la promoción, radicando ahí su deber de vigilancia.

Es decir, la parte actora no debe errar en determinar que la entidad bancaria que aperturando la cuenta especial gozaba de: (i) los beneficios del proceso de la promoción, mediante el depósito de los anticipos; (ii) cobrando comisiones a la promotora; y (iii) concertaba con los futuros compradores la subrogación de las promotoras.

- (ii) Demuestre que la entidad bancaria era conocedora de que la promotora había abierto una cuenta en la que se recibían de los compradores cantidades a cuenta del precio de viviendas de la promoción. Es decir, la “responsabilidad de vigilancia” de la entidad es de origen legal, con causa en una relación contractual mantenida en una triple vertiente: comprador, promotor y entidad.

A este respecto interesa, indicar que ni la Ley 57/1968 ni ninguna otra obligan a las entidades financieras a revisar el origen de los fondos que se ingresan en las cuentas de sus clientes, por lo que necesariamente la promotora o el comprador son los encargados de informar a la entidad del origen y finalidad de las cantidades ingresadas en la cuenta del promotor.

A su vez, según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 enero 2015, en el Rec. 2300/2012, declara que “*es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar*

las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir”.

- (iii) Demuestre que las cantidades entregadas a cuenta por la parte actora se ingresaron en cuentas de la promotora abiertas en mi representada.

Ello porque, conforme a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, mi representada sólo respondería *“frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta/s que el promotor tenga abiertas en esa entidad”.*

Pues bien, en el presente caso, en el escrito inicial de demanda **la parte actora no acredita ninguno de los presupuestos referidos.**

Así, nos encontramos en posición de aseverar que no se cumplen tales requisitos, pues la parte actora, carente de prueba, no ha podido demostrar los siguientes extremos:

- (i) Que fuese BANCO [REDACTED] la **entidad encargada de financiar** la promoción en la que la parte actora pretendió adquirir la vivienda en cuestión.
- (ii) Que mi representada era la que se estaba **lucrando con la financiación de la promoción**, en los términos arriba expuestos; presupuesto básico para imputársele la responsabilidad contemplada en el artículo 1.2 párrafo 2º, de la referida Ley 57/1968.
- (iii) Tampoco ha acreditado que mi mandante era **concedora de que en una cuenta abierta en la entidad por la entidad promotora se estuvieran ingresando** por consumidores adelantos, en concepto de compra del inmueble descrito por la parte actora en su demanda. A este respecto, resultan relevantes los métodos de pagos utilizados – cheques y letras de cambio- puesto que son inidóneos para que cualquier entidad financiera pueda conocer la finalidad del dinero contenido en los mismos.

En lógica consecuencia, BANCO [REDACTED] –en el supuesto de que se acreditase que efectivamente conocía que se estaban ingresando en sus cuentas los adelantos reclamados por la parte actora– no era responsable de exigir al promotor la garantía referida en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968.

Pero es más, es que en cualquier caso hubiera resultado imposible a mi representada cumplir la obligación legal de control de conformidad con lo dispuesto en la Ley 57/1968, habida cuenta de que:

- (i) Mi representada no intervino en el contrato de adjudicación del terreno.

- (ii) Ni [REDACTED] ni la comunidad de bienes CP [REDACTED], ni los comuneros expresamente informaron a mi representada de su relación contractual. Como consecuencia, BANCO [REDACTED] habría ignorado que los supuestos anticipos se habrían girado en concepto de adelanto de compra de vivienda.
- (iii) Del objeto social y actividad de [REDACTED] no se podía presumir que se percibían con exclusividad adelantos en concepto de compraventa de vivienda cuya promoción únicamente gestionaba. Y a efectos acreditativos, se acompaña como **Documento núm. 4** de la presente contestación, información extraída del Registro Mercantil, en donde consta que, entre otros, el objeto social de [REDACTED] está integrado por *“la rehabilitación y remodelación, tanto de inmuebles de oficinas como locales comerciales, viviendas o cualquier otro tipo de inmuebles, incluyendo obras de distribución, compartimentación y decoración de interiores”*; lo que da buena cuenta de que [REDACTED] se dedicaba a actividades diversas, que no implicaban la promoción inmobiliaria.

En conclusión, tal como hemos acreditado, no puede llegarse a otra conclusión distinta a la de que mi representada no ha incurrido en la responsabilidad específica dispuesta en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968 que se le achaca de contrario.

QUINTO.- EL DEBER DE VIGILANCIA DE LA LEY 57/1968 ÚNICAMENTE CORRESPONDE FRENTE A LA ENTIDAD PROMOTORA, NO FRENTE A OTRAS ENTIDADES.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, el deber de las entidades bancarias de exigir la existencia de garantías para permitir a una promotora la apertura de una cuenta corriente en la que se vayan a percibir anticipos a cuenta es precisamente aplicable únicamente en relación con las cuentas abiertas por entidades promotoras.

Es decir, es a la entidad promotora que solicite la apertura de una cuenta especial a quien mi representada tiene obligación de exigir la existencia de garantías, pero no así en el caso de que la entidad a nombre de la que se abra una cuenta bancaria no sea promotora de viviendas.

Así se corrobora a la vista del artículo 1 de la Ley 57/1968, que establece expresamente lo siguiente:

“Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes: (...)”.

Por su parte, el diccionario de la Real Academia Española define el concepto “promotor” como “*que promueve algo*”.

En este caso, alega la parte actora que la promotora de las viviendas es [REDACTED] y le niega dicha condición de promotor a la comunidad de bienes CP S [REDACTED]. Ello conllevaría que mi representada no tenga obligación alguna sobre las cantidades que fueran ingresadas en la cuenta abierta por la comunidad de bienes.

Por el contrario, en caso de que se considere por el Juzgador que la entidad promotora de las viviendas es la comunidad de bienes CP [REDACTED] únicamente correspondería a mi mandante un deber de vigilancia en relación con cantidades que fuesen percibidas en una cuenta abierta por dicha entidad.

Reiterando, en cualquier caso, la imposibilidad de mi representada para conocer el origen y destino de las cantidades en la cuenta de la comunidad de bienes abierta en mi representada. Por ello, en ese caso, no se podría hacer responsable a mi representada de cantidades que fueran ingresadas, en su caso, en una cuenta de [REDACTED] abierta en mi representada.

La promotora será una persona jurídica u otra, pero no ambas simultáneamente. Por lo que la responsabilidad de mi representada frente a las cantidades percibidas por una de ellas debe inexorablemente excluir la responsabilidad frente a las percibidas en una cuenta de la otra.

A mayor abundamiento, en el supuesto de que por el Juzgador se entienda que la entidad promotora era la comunidad de bienes CP [REDACTED] nos encontraríamos ante un **caso de autopromoción**, en el que son los propios particulares, unidos en una comunidad de propietarios, quienes asumen el rol del promotor, estando excluida esta actividad de la protección de la ley 57/1968 y no procediendo la responsabilidad de mi representada. Así, la comunera es verdaderamente promotora, por lo que las propias exigencias previstas en la Ley 57/1968 son directamente aplicables a la ahora demandante. De manera que los incumplimientos que ahora se achacan a BANCO [REDACTED] son incumplimientos de los propios comuneros promotores, entre los que se encuentra la parte actora. Efectivamente, las obligaciones previstas en la Ley 57/1968 son imputables a la comunidad de bienes creada al efecto (aunque lo habitual sea la creación de Sociedades Cooperativas).

Esto es, el daño supuestamente producido sería consecuencia directa de la falta de constitución de las garantías que prevé el art. 1, 1ª de la Ley 57/1968, que como veremos son **obligaciones que deberán cumplir en todo caso las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas. En el presente caso, y a la vista de la demanda, la comunidad de bienes: CP [REDACTED]**

En conclusión, el ámbito de protección de la referida Ley se limita a los anticipos ingresados en cuentas de una promotora y no se extiende a los ingresados realizados en terceras entidades, por lo que dichas cantidades no se encuentran amparadas por la protección de la Ley 57/1968.

SEXTO.- DE LAS CANTIDADES RECLAMADAS A MI REPRESENTADA. LAS IRREGULARIDADES ADVERTIDAS EN LOS ANTICIPOS SUPUESTAMENTE REALIZADOS. IMPOSIBILIDAD PARA MI REPRESENTADA DE CONOCER QUE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS ERAN REALIZADAS POR UN CONSUMIDOR Y CON EL DESTINO DE ANTICIPOS A CUENTA DE COMPRA DE VIVIENDA.

La parte actora reclama la condena a mi representada a abonar la cantidad de **DOSCIENTOS DOS MIL CIENTO DIECISÉIS EUROS CON SESENTA Y CINCO CÉNTIMOS (202.116,65.-€)**, que según ella se corresponde con las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda.

Sin embargo, en relación con dichas cantidades que se reclaman de contrario, debemos manifestar que:

i. **Falta de acreditación fehacientemente del pago por la parte actora de las cantidades reclamadas:**

La parte actora no ha cumplido con la debida carga de la prueba, puesto que **no ha acreditado fehacientemente el efectivo pago de todas las cantidades reclamadas.**

- En primer lugar, es preciso llamar la atención del Juzgador al que tengo el honor de dirigirme en cuanto a la **existencia de importes que carecen de todo respaldo contractual** (vid. Documento núm. 5 y 6 del escrito de demanda). En este sentido, se aporta por la demandante un cheque del que únicamente sabemos que fue emitido en una sucursal de ██████ sita en Alcobendas (Madrid) y posteriormente fue teóricamente compensado en Banco **Vemos en primer lugar como el meritado cheque no guarda relación alguna con el Sr. ██████ pudiendo haber sido emitido por cualquier persona. Como decimos, ni tan siquiera es un hecho mínimamente acreditado que el supuesto pago fuera abonado o cargado en una cuenta titularidad de ██████**

En adición, observamos también que el cheque por importe de 3.000.-€ descontado supuestamente en una cuenta de BANCO ██████ está emitido el 7 de febrero de 2007. Sin embargo, vemos como en teoría fue compensado en Banco ██████ un día antes de su emisión, el 6 de febrero de 2007, como consta en el sello de la propia entidad y también de forma manuscrita en el propio documento.

Por último, vemos como el cheque carece de cualquier concepto del que poder inferir, siquiera mínimamente, que se realizaba en concepto de anticipo de vivienda. Es más, vemos como en ninguno de los supuestos justificantes de pago aparece concepto alguno.

- **Respecto a los 191.116,65.-€, “mediante documento bancario y/o metálico”,** pretenden acreditarlo mediante dos cheques bancarios (que no guardan relación alguna con mi representada) **por importes respectivos de 144.062,40.-€ y 47.054,25.-€.** Pues bien, más allá de que los justificantes parecen ser fotocopias que contienen incluso fragmentos ilegibles y contrapuestos, lo que ya de por sí pone en entredicho la autenticidad de tales pagos, es que además los presuntos cheques se presentaron al pago con fecha 7 de marzo de 2007 (según la demanda con fecha 7 de julio de 2017), en todo caso, de forma absolutamente diferente a lo estipulado en el contrato, que expresamente declara que dichos pagos ya se han realizado.

En adición, vemos como uno de ellos está dirigido a [REDACTED] y otro a C.P. [REDACTED] (el primer cheque es directamente ilegible) lo que evidencia que ni tan siquiera el Sr. [REDACTED] actuó acorde con lo reflejado en el contrato aportado como Documento nº 8 de la demanda. Ello evidencia, aún más si cabe, la forma en que deliberadamente la actora se ha separado de los términos contractuales fijados, por cuanto su fecha de emisión es muy posterior a la fecha en que habrían sido emitidos a pesar de que en el contrato se declara expresamente que se tienen por hechos tales pagos a la fecha del contrato (27.02.2007). Por otra parte, debemos reiterar que ninguno de estos cheques guarda relación alguna con mi representada, ni tampoco con la propia demandante o el Sr. [REDACTED]. El único dato que reflejan los supuestos anticipos –pues por supuesto carecen de concepto alguno– es que fueron emitidos en una oficina de [REDACTED] sita en Alcobendas.

- Por otro lado, se reclama a esta parte el pago de **8000.-€, en concepto de “provisión de fondos para gastos legales originados por el otorgamiento de las escrituras públicas necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Comunidad”,** en atención a la estipulación Undécima del Contrato de Compraventa, si bien, **no son cantidades anticipadas a cuenta de la compra de la vivienda, por lo que en ningún caso pueden ser objeto de restitución en virtud de la responsabilidad de la Ley 57/1968.**
- Los anticipos supuestamente realizados se efectuaron mediante cheques, carentes además de todo concepto. Estos métodos de pago son inidóneos para establecer la responsabilidad “in vigilando” de la entidad encargada de recibir todos los anticipos

de los adjudicatarios de la promoción. Es más, como ya apuntábamos en líneas precedentes, no hay ningún tipo de relación entre los presuntos cheques que aporta la demandante y mi representada.

- La parte actora decidió voluntariamente actuar en contra de lo estipulado en el contrato, efectuando los anticipos de manera indistinta a favor de [REDACTED] o de la comunidad de bienes .P. [REDACTED]. C.B, lo que privó a mi representada de su capacidad de control.

En definitiva, no se ha acreditado fehacientemente que el importe de los cheques acompañados con la demanda haya ido a parar a una cuenta de [REDACTED] abierta en BANCO [REDACTED]

Ninguna cuenta de destino se especifica en dichos efectos, pudiendo darse el caso de que las cantidades finalmente no hayan ido a parar a una cuenta de la comunidad sino de la promotora, o la gestora o cualquiera de las sociedades que intervinieron en el proceso de edificación de la vivienda litigiosa.

ii. **Falta de acreditación fehaciente de que las cantidades reclamadas fueran efectivamente ingresadas en cuentas abiertas en BANCO [REDACTED]**

Incluso aunque, en contra de lo alegado por esta parte, se entienda que las cantidades reclamadas sí que fueron totalmente abonadas por la parte actora, **no consta la menor prueba que acredite fehacientemente que las mismas fueran ingresadas en una cuenta abierta en BANCO [REDACTED]**

El hecho de que en el contrato así se refiera ya se ha indicado que no era preceptivo para la parte actora, que se apartó de lo estipulado en el mismo, por lo que nada impide que finalmente fueran a parar a otras entidades bancarias distintas de mi representada.

Así, el destino de las cantidades supuestamente abonadas mediante un cheque bancario, es una absoluta incógnita, ante la falta de prueba en que incurre la actora.

iii. **El pago mediante cheques y letras de cambio imposibilita conocer el origen y destino de las cantidades entregadas:**

Debe tenerse en cuenta, además, que la parte actora y [REDACTED] pactaron que el pago de los anticipos mediante cheques y letras de cambio, siendo notorio que se trata de órdenes de pago que posibilitan su circulación y permite su endoso, lo que abunda en la imposibilidad de conocer la identidad de la entidad bancaria que tenía la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley 57/1968.

Teniendo presente lo anterior, debemos llamar la atención nuevamente sobre los cheques que se aportan con la demanda. Si los observamos, ningún dato asocia el pago realizado, ni con la parte actora, ni con mi representada, ni con el concepto de adelanto por la compra de vivienda, de forma que **no se incluye ningún dato que hubiese podido permitir a mi representada conocer el origen y destino de los fondos.**

Cada vez son más los juzgados que desestiman demandas frente a entidades financieras cuando en los métodos de pago utilizados no se incluye concepto alguno, por entender que no existe una responsabilidad objetiva, como la recentísima **Sentencia núm. 147/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, de fecha 11 de junio de 2018:**

“Cuando se descuenta la letra de cambio, en la misma no se consigna concepto alguno y no es posible conocer cuál es el destino o la causa del pago realizado. En fin, que en este caso, tal y como se verifica el pago, la entidad financiera no podía conocer que la letra de cambio estaba sirviendo para pagar esos anticipos.

Realizándose el pago mediante letras de cambio, cabe incluso que Fadesa la ingrese en otra entidad financiera o que la endose a un tercero, que sea el que después la presente al cobro. Asimismo, cabe que el pago no lo sea como anticipo de una vivienda en construcción sino para otra finalidad, sin que quepa exigir a la entidad financiera que tenga que adivinar o investigar cuál es la razón que subyace en el pago de ese documento”.

Más reciente aún, la **Sentencia núm. 126/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, de fecha 15 de junio de 2018, que se pronuncia en idénticos términos:**

*“Pero aún ello admitido, lo cierto es que las mismas lo fueron a través del descuento de letras de cambio de 1.500 euros cada una, operaciones de ingreso por descuento **en las que no se indica que obedezca a ingresos en concepto de cantidades entregadas a cuenta del precio de una vivienda, ni correspondientes al actor Sr. Es decir, que el actor no efectuó los pagos de las cantidades anticipadas (cuyo reintegro reclama) de forma directa a la promotora vendedora en una cuenta de ésta en cada una de las entidades codemandadas, y sin que conste, es preciso insistir, que se especificara en ninguno de ellos que obedecían al concepto de anticipos a cuenta del precio de la compra de una vivienda por el Sr. Carrasco Bartolomé en una promoción de AIFOS Arquitectura y Promociones Inmobiliarias, S.A., lo que supone que no se ha acreditado el conocimiento por parte de las entidades bancarias codemandadas de la naturaleza y concepto de los ingresos, ni su procedencia, lo que excluye la capacidad de control de las entidades bancarias y su responsabilidad respecto de dichas cantidades de acuerdo con los criterios jurisprudenciales expuestos**”.*

También la recentísima **Sentencia núm. 224/2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Córdoba, de fecha 7 de diciembre de 2017,** que desestima la demanda frente a BANCO XXXXXXXXXX destacando el siguiente argumento:

*“(…) No existe prueba concluyente de que las letras de cambio se descontaran en una cuenta titularidad de AIFOS abierta en [REDACTED]. Y en el supuesto de que así fuera, ello tampoco determinaría por sí mismo la responsabilidad de la referida entidad, **pues el banco no tiene obligación de saber que las letras que le son entregadas para su descuento proceden de la venta de viviendas. En definitiva, existe una ausencia de prueba respecto de las cambiales, de modo que no existe dato alguno que permita inferir que BANCO [REDACTED] supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, por lo que la pretensión debe de desestimarse respecto de esta entidad**”.*

Siendo imposible para mi representada conocer el origen y destino de los fondos, no podía exigir a la entidad promotora el otorgamiento de garantía alguna.

iv. La actuación deliberada de la parte actora, contraria a lo pactado contractualmente, privó a mi representada de su capacidad de control:

Tal y como ya se ha expuesto, **los pagos supuestamente realizados por la parte actora fueron efectuados en cuentas titularidad tanto de la comunidad de bienes RESIDENCIAL [REDACTED] como en [REDACTED]** a pesar de que en el contrato celebrado entre las partes se estipulaba que se realizarían en una determinada cuenta de la comunidad de bienes.

Por tanto, la parte actora decidió actuar deliberadamente en contra de lo estipulado en el contrato, difuminando su actuación, de manera que resultaba imposible que mi mandante identificase el origen y destino de tales cantidades.

Así lo ha establecido la más reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. En concreto, nos remitimos a la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 33/2018, de 24 de enero, Rec. 2134/2015**, en la que nuestro Alto Tribunal puntualiza su jurisprudencia y la aclara, declarando:

“OCTAVO.- Por último, el recurso carece manifiestamente de fundamento por las siguientes razones:

*1.ª) Como declara la sentencia de esta sala 436/2016, de 29 de junio, referida a la misma promoción que el presente litigio, el rigor legal de la responsabilidad, frente a los compradores, de la entidad avalista en la que además el promotor tenga abierta la cuenta especial prevista en la Ley 57/1968 no significa que dicha entidad «deba quedar inmune frente a cualesquiera incumplimientos contractuales del promotor consentidos o propiciados por el comprador», de manera que la referencia de la d. adicional 1.ª b) de la Ley 38/1999 (Ley de Ordenación de la Edificación) a «las cantidades entregadas en efectivo» no puede interpretarse «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». Además, **debe ponderarse en cada caso la capacidad de***

control de la entidad bancaria avalista sobre los pagos a cuenta, de manera que esta no responderá de los que queden fuera de esa capacidad de control, como en el presente caso serían las entregadas en efectivo al promotor-vendedor o las ingresadas en Cajamar, a lo que se une la circunstancia de que algunos ingresos se hicieran por despachos de abogados o compañías de inversión”.

A mayor abundamiento, debemos citar la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo, nº 102/2018, de 28 de febrero**, que confirma que por la sola existencia de una póliza de aval (ya sea individual o colectiva), no se puede condenar a la entidad financiera a devolver todas las cantidades anticipadas por el comprador (Fundamento Jurídico Sexto):

“4.ª) 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”.

Todo ello, privó a mi representada de su **capacidad de control** sobre las cantidades reclamadas, por lo que no puede ser declarada ahora responsable de su abono a la parte demandante.

En definitiva, era imposible para mi representada cumplir la obligación legal de control de conformidad con lo dispuesto en la Ley 57/1968 de 27 de julio, de cantidades entregadas a cuenta para la promoción de viviendas y sus reglamentos y órdenes ministeriales, habida cuenta de que:

- Ninguna de las partes intervinientes en la promoción o en el contrato informaron expresamente a mi representada de su relación contractual. Como consecuencia, BANCO [REDACTED] ignoraba, que los cheques se habían emitido en concepto de adelanto de compra de vivienda. Y además, no se ha acreditado que las letras de cambio fueran abonadas en una cuenta de la promotora en BANCO [REDACTED]
- La parte actora efectuaba ingresos derivados de los anticipos de la adjudicación controvertida de manera indistinta en la comunidad de bienes y en [REDACTED], apartándose por tanto de lo estipulado en el contrato, por lo que mi representada no tenía capacidad de control sobre tales cantidades.

[REDACTED] El origen y finalidad del pago que se efectuó por medio de cheques, que tampoco venía expresado en el documento, haciendo imposible su conocimiento para BANCO [REDACTED]

En este punto, nos remitimos a la **Sentencia nº 94/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de La Carolina, de fecha 17 de julio de 2017**, que desestima la demanda frente a varias entidades financieras destacando el siguiente argumento:

“(…) cabe concluir que no ha quedado acreditado que las cantidades abonadas por la parte actora al promotor a través de las letras de cambio tuviesen como destino el ingreso en las cuentas aperturadas por el promotor en las distintas entidades de crédito demandadas. Ello así porque dicha circunstancia no puede acreditarse de la prueba documental que consta en las actuaciones. Además, aunque dicho extremo se hubiese probado, tampoco ha quedado acreditado que las entidades bancarias demandadas tuviesen conocimiento de la celebración del contrato entre la parte actora y el promotor y que el comprador estuviese ingresando parte del precio en su entidad bancaria, puesto que tampoco queda acreditado qué concepto constaba en los diferentes ingresos de dichas cantidades y por tanto, las demandadas no podían tener constancia de la procedencia de dichos ingresos y, por tanto, haber podido exigir al promotor la apertura de cuenta especial y la línea de avales como así establece la Ley 57/1968, y en caso de no haber exigido dichos requisitos, haber incurrido en responsabilidad al no haber adoptado dichas entidades bancarias una actitud diligente frente a los compradores”.

En conclusión, no procede la condena a mí representada, habida cuenta de la inconcreta redacción contractual, de la actuación difusa de la promotora y los comuneros, y del instrumento de pago utilizado (letras de cambio) entre las partes para adelantar las cantidades derivadas de la adjudicación de vivienda.

SÉPTIMO.- DE LA NO APLICACIÓN DE LA LEY 57/1968 A LOS ADQUIRIENTES QUE NO ACTÚAN COMO CONSUMIDORES.

Conforme a la configuración e interpretación dada por nuestro Tribunal Supremo a la Ley 57/1968, se trata de una norma pionera en materia de protección a los consumidores. De hecho, es una cuestión pacífica que únicamente es de aplicación en aquellos casos en que se adquieran viviendas y se destinen para su uso particular, bien como residencia permanente, bien como residencia de temporada.

Pero, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se citará en sede de fundamentación jurídica, la Ley 57/1968 excluye de su ámbito de protección a los compradores que actúen con carácter especulativo, así como a **quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación**, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente. **Como tampoco protege a quienes participan como intervinientes en el proceso de promoción.**

En este sentido, y sin perjuicio de que se profundizará sobre ello en la fundamentación jurídica del presente escrito, debemos traer a colación en este punto la recentísima **Sentencia del**

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 360/2016, de 1 de junio, que recoge y matiza la línea jurisprudencial mantenida por la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 142/2016, de 9 de marzo**. Esta última define con claridad que la protección que otorga la Ley 57/1968 es exclusivamente para aquellas viviendas adquiridas para “*uso residencial, incluso de temporada*”.

Pues bien, el Tribunal Supremo, a través de la **Sentencia anteriormente citada de 1 de junio de 2016**, establece, en relación con el fin residencial de la vivienda:

*“3.ª) Pues bien, la interpretación de la Ley 57/1968 en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes, como el aquí recurrente, son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no debe quedar alterada por la referencia a «toda clase de viviendas» en la d. adicional 1.ª de la LOE, pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que «se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa», sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, la expresión «toda clase de viviendas» elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que comprenden, **pero no puede equipararse a «toda clase de compradores» para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores**, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley 57/1968 atribuya «el carácter de irrenunciables» a los derechos que la propia Ley 57/1968 otorga a los compradores («cesionarios»)”.*

Queda patente que el **Tribunal Supremo excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Ley 57/1968 aquellos supuestos en que los compradores adquieren viviendas con un fin ajeno al residencial**.

Además, debemos señalar que, en virtud del art. 217 de la LEC, la carga de la prueba de acreditar que los hechos litigiosos cumplen los requisitos para que sea aplicable la protección de la Ley 57/1968 le corresponde a la propia parte actora. Esto es, es la parte actora quien debe acreditar que le resulta aplicable la protección de la Ley 57/1968.

Sentado lo anterior, en el presente caso, **la parte actora no ha aportado prueba alguna tendente a acreditar que adquiriría la vivienda objeto del contrato objeto de litis con un fin residencial**, tal y como ha sido definido por el Tribunal Supremo. Este criterio ha sido seguido por varias Audiencias Provinciales y Juzgados de primera instancia, tal y como se expondrá en la fundamentación jurídica del presente escrito de contestación a la demanda.

De hecho, en el presente procedimiento refiere la actora que Banco [REDACTED] (actualmente [REDACTED] es responsable de los daños y perjuicios causados y ha de reparar los perjuicios económicos, los daños morales **y el lucro cesante causado, reconociendo de forma explícita el ánimo especulador en la autopromoción llevada a cabo por [REDACTED]**

Por otra parte y como ya exponíamos en líneas precedentes, debemos referirnos al Documento núm. 1 de la contestación a la demanda –Testamento de D. [REDACTED] **donde consta que su domicilio estaba sito en la [REDACTED] casualmente, en el área residencial de [REDACTED] (Madrid), precisamente el mismo área residencial donde en teoría se desarrolló la promoción por parte de la CP [REDACTED].**

Consecuentemente, **no resulta justificado que decida solicitar una responsabilidad a mi mandante porque finalmente no recibió su vivienda, alegando normativa –como la Ley 57/1968- que protege el derecho de acceso a la vivienda, cuando vemos como el Sr [REDACTED] ya residía en el término de Sanchinarro y si adquirió una nueva vivienda, evidentemente lo fue con evidente ánimo especulador.**

Por la especial relevancia que puede aportar para la resolución de la presente *litis* la **Sentencia nº 213/2016, del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Málaga, de 20 de octubre de 2016,** aplicando al caso la Jurisprudencia anteriormente citada del Tribunal Supremo, desestima íntegramente la demanda, con el siguiente argumento:

*“Por tanto la anterior sentencia, que establece la doctrina jurisprudencial para este tipo de asuntos, deja bien claro que la ley 57/68 ampara a todo aquel comprador (sea o no consumidor) que adquiere una vivienda como residencia pero **en ningún caso protege a aquel que adquiere o compre un inmueble como inversión y para negociar con él.***

Corresponde a los que impetran la protección de la Ley 57/68 el alegar primero y el acreditar, después que entran dentro del ámbito de la misma”.

Atendiendo a lo expuesto y no habiendo cumplido la demandante, siquiera mínimamente, con la carga de la prueba de dicho extremo, hay que concluir que la compraventa de la vivienda realizada por la parte actora no se encuentra amparada por las garantías de la Ley 57/1968. Por todo lo expuesto, debe declararse la plena desestimación de la demanda interpuesta.

A los anteriores hechos les resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) JURÍDICO – PROCESALES:

I.- COMPETENCIA, PROCEDIMIENTO y CUANTÍA.

Conformes con los aducidos de contrario en el escrito de demanda.

II.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA DEMANDANTE PARA RECLAMAR EN NOMBRE DE [REDACTED] LA APORTACIÓN DEL TESTAMENTO DEL CAUSANTE NO ACREDITA POR SÍ SOLA LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE [REDACTED] PUES NO CONSTA DOCUMENTO QUE ACREDITE LA ACEPTACIÓN POR ÉSTA DE LA HERENCIA YACENTE.

Como indicábamos al inicio de la presente contestación, debe ponerse de manifiesto que la demanda formulada de adverso presenta graves carencias de imposible subsanación a la hora de construir la relación jurídico-procesal que subyace en la acción ejercitada por cuanto no concurre en el presente procedimiento, como parte demandante, la persona que en el año 2007 firmó el contrato de adhesión a la Comunidad de Propietarios y el posterior Contrato de Arrendamiento de Servicios con la promotora.

Como sostiene pacíficamente nuestro más Alto Tribunal, la legitimación activa, en relación con el caso concreto, especifica el alcance efectivo del derecho general de accionar, reconocido por el artículo 24 de la Constitución y, consecuentemente, apareja, si no es aplicado rectamente, una objetiva denegación de justicia. Tal poder concreto, en los asuntos civiles se considera ínsito en quien por afirmar la titularidad del derecho pretende acreditar por ello el máximo interés en su satisfacción. **Si bien, la legitimación no radica únicamente en la mera afirmación de un derecho sino que, además, depende de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. A este respecto, no consta en la documental aportada con la demanda Escritura de aceptación de Herencia que certifique que efectivamente la Sra. [REDACTED] es titular de los supuestos derechos adquiridos del Sr. [REDACTED]. Por tanto, la demandante carece de legitimación para hacer valer derechos cuya titularidad no está mínimamente justificada.**

En suma, la legitimación en el proceso civil, se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto que exige la **adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende**, lo que se traduce en que la legitimación comporta siempre una *questio iuris* y no una *questio facti* que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, pues únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen.

Con todo, dada la vinculación de la legitimación con el tema de fondo y las utilidades que comporta el manejo del concepto con precisión, no es extraño que en ocasiones se confunda la legitimación *questio iuris* con la existencia del derecho discutido, el cual exige la comprobación de los elementos fácticos que lo configuran.

En consecuencia, con los hechos expuestos y la falta absoluta de acreditación de aceptación de la herencia, la demanda debe ser desestimada por falta de legitimación activa de Dña. [REDACTED]

III.- POSTULACIÓN Y DEFENSA.

Se cumplen las normas procesales de postulación ya que el presente escrito de contestación a la demanda se presenta por medio de Procurador legalmente habilitado y bajo la dirección del letrado firmante de la misma, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y 31 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.

IV.- DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.

Se articula esta excepción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 222, 400, 416.1. 2ª y 421 de la LEC, habida cuenta que existe una sentencia firme que se pronunció sobre idéntico objeto y acción que en este procedimiento, como ha quedado suficientemente acreditado.

Pues bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 222.4 de la LEC, *“Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.”*

A) DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN EL PRESENTE CASO.

De conformidad con lo establecido en el artículo 222.1 de la LEC:

*“La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, **excluirá**, conforme a la ley, **un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico** al del proceso en que aquélla se produjo.*

(...)

*Se considerarán **hechos nuevos y distintos**, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen.”* (Énfasis añadido)

Por su parte, el apartado 4º del mismo artículo de la Ley de Ritos establece que:

“Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como

antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.”

Por último, el artículo 400 de la LEC señala que:

“1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.” (Énfasis añadido)

Pues bien, los anteriores preceptos de la LEC han sido ampliamente desarrollados en la doctrina jurisprudencial, vetando la posibilidad de alegar en un nuevo procedimiento hechos y fundamentos jurídicos que pudieron haberse alegado en un procedimiento anterior. Por lo tanto, lo claro es que estamos ante una excepción de cosa juzgada, y resulta procedente citar la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 85/2017 de 23 de enero de 2017 RJ 2017/1424;**

*“Esta Sala se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones sobre la cosa juzgada material. Por todas, citaremos nuestras sentencias de 30 de abril de 2015 - Rec.86/2013 - y de 20 de Noviembre de 2015 -Rec. 1040/2014 -, donde decimos que el principio o eficacia de cosa juzgada material, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, **cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC (EDL 2000/77463)/2000 , atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.***

*La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo **parcialmente** idéntico a lo*

decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su thema decidendi cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella, sino tomándola como punto de partida.”

En el mismo sentido se pronuncia la **Sala 4ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2017 EDJ 2017/2166 STS;**

“Continúa señalando la citada la STC 216/2009 (EDJ 2009/291387) que " En definitiva, si el órgano judicial modificase una resolución judicial anterior al margen del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador, «quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme». Queda de esta forma protegida y garantizada por el art. 24.1 CE (EDL 1978/3879) «la eficacia de la cosa juzgada material , en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de septiembre (EDJ 2003/89788) ...).”

También en este sentido, la **Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa nº 362/2002 de 19 de noviembre (EDJ 2002/102189)** señaló que:

“En efecto, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la res judicata, como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica, pero un elemental principio de justicia obliga a matizar dicho principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es predecible la cosa juzgada, cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. Ciertamente esta cuestión viene solventada en la nueva LEC, en su art. 400”. (énfasisañadido)

La misma sentencia de la **Audiencia Provincial de Guipúzcoa** antes citada hace referencia a abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo:

“En el sentido indicado destaca la sentencia del TS de 11 de mayo de 1976, en la que se indica expresamente que “la acción no se altera (por lo tanto despliega la cosa juzgada su eficacia) por la nueva circunstancia de que los litigantes aduzcan argumentos o razones que no esgrimieron en el primero (proceso), pero que ya existía en la fecha de la interpelación judicial. La sentencia de 11 de marzo de 1985 EDJ 1985/7218 que apreció identidad de acciones y efectos de cosa juzgada de la

sentencia recaída en un proceso y el posterior, aún cuando la acción ejercitada en aquellos era diferente, como también lo era el petitum de la demanda, alegando que “pesaba sobre él una carga procesal que le sometía a todas las consecuencias perjudiciales eventualmente derivables de no haberse desembarazado de ella temporáneamente y mediante la utilización de los medios defensivos de que pudo verse allí, pues entenderlo de otro modo propiciaría la reiteración de pleitos sobre un mismo asunto con infracción del principio “non bis in idem” y mengua del de seguridad jurídica, que es uno de los que inspiran la institución de la cosa juzgada material.” (Énfasis añadido)

También en idéntico sentido se pronuncia la **Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lérida nº 70/2007 de 13 de abril (EDJ 2007/121540)**, aunque en dicha ocasión se ejercitaba por segunda vez la misma acción, cuando señala que:

“No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió (SSTS 30-7-1996 EDJ 1996/6222 , 3-5-2000 EDJ 2000/9280 y 27-10-2000 EDJ 2000/35384).” (Énfasis añadido)

La clave por tanto para que proceda la apreciación de la excepción de cosa juzgada es que la relación jurídica que base los diferentes procedimientos sea la misma, así como que los hechos alegados en los mismos pudieran haberse alegado ya en la primera de las demandas. Por su parte, la **Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Huesca nº 138/2007 de 30 de mayo (EDJ 2007/163010)** señaló que:

“SEGUNDO.- De acuerdo con las normas procesales, la demanda debe contener, narrados de forma ordenada y clara, todos los hechos, fundamentos de derecho y peticiones. Y, como ordena el artículo 400.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 (...) Conforme a nuestros precedentes, sentencias de 9 de junio de 2003, 6 de febrero y 12 de abril de 2004, hemos de tener en cuenta que todos los procesos antes mencionados tienen por objeto la misma relación jurídica y en ellos se han tratado desde diversas perspectivas la validez del contrato de arrendamiento y su resolución por diversas causas. En cada uno de esos procesos se han considerado aspectos y motivos de resolución diferentes, pero todos sobre el mismo contrato de arrendamiento y alegando hechos que estaban presentes desde la primera de las demandas.” (Énfasis añadido)

B) IDÉNTICA CAUSA DE PEDIR.

Es absolutamente vital distinguir lo que constituye la causa de pedir en el presente procedimiento, ya que la jurisprudencia viene exigiendo identidad de causa de pedir (*causa petendi*) para que pueda aplicarse la excepción que aquí se alega. En este sentido, debemos atender a las consideraciones de la **Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Gerona nº 42/20110 de 15 de febrero de 2010 (EDJ 2010/126074)** con cita jurisprudencia del

Tribunal Supremo, cuando pone de manifiesto citando abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que:

“La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3-5-00 EDJ 2000/9280) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (SSTS 19-6-00 EDJ 2000/13141 y 24-7-00 EDJ 2000/15628) o título que sirve de base al derecho reclamado (SSTS 27-10-00 EDJ 2000/35384 y 15-11-01 EDJ 2001/40417).

La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27-10-00 EDJ 2000/35384). (Énfasis añadido)

Pues bien, no hay ninguna duda de la perfecta igualdad entre el conjunto de hechos jurídicamente relevantes que fundan las pretensiones en los dos procedimientos: la suscripción de un contrato de compraventa con la promotora BITANGO, también conocida como “gestora” de la Comunidad de Propietarios, por el que se adquiriría el derecho sobre una vivienda, lo que produjo la entrega de unas cantidades para dicha compra, cuya cantidad se reclama ahora a mi representada por ser la entidad a la que supuestamente fueron a parar las mismas. De este modo, se acredita una vez más si se puede la palmaria excepción de cosa juzgada ante la que nos encontramos.

Continúa la citada sentencia señalando que:

*“La [sentencia del Tribunal Supremo] de 24 de septiembre de 2.003 EDJ 2003/97850 establece que **“la eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir**, determinando la **preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente**, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el sentido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto, aun recaído en un procedimiento de distinta naturaleza (sentencias de 5 de octubre y 23 de noviembre de 1983 y 21 de julio de 1988 EDJ 1988/6524) puesto que, como dice la sentencia de 5 de junio de 1987 EDJ 1987/4485 , la pretensión que ya ha sido examinada y resuelta, ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de ella, siendo así que la concurrencia de las referidas identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso.”* (énfasis añadido)

Pues bien, en el presente caso se dan la triple identidad a la que hace referencia el Alto Tribunal:

- Identidad de personas: las partes en el anterior procedimiento y en el presente son “comuneros” que suscriben un contrato con la “gestora” de la Comunidad de Propietarios, [REDACTED] Y BANCO [REDACTED] (ahora [REDACTED] como demandada.
- Identidad de cosas: La “cosa” objeto de ambos procedimientos es la suscripción de un contrato de compraventa de una vivienda de la promotora [REDACTED] y la entrega de unas cantidades a cuenta de la misma.
- Identidad de causa o razón de pedir: La causa de pedir es idéntica pues es la responsabilidad de mi patrocinado como entidad que recibió unas supuestas cantidades de dinero – hecho que negamos – y que, según la parte actora, debe devolver al amparo de la Ley 57/1968.

En este punto, huelga traer a colación nuevamente lo dispuesto en el **Auto nº 210/2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid en fecha 14 de marzo de 2019**, adelantándonos a aquello que sin duda será un argumento de contrario, esto es, que no existe una identidad de personas propiamente dicha:

“Y el hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean planamente coincidente no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis (SSTS 1 de diciembre de 1997, y 12 de junio de 2008). El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000)”.

Como acabamos de indicar, la causa de pedir es exactamente, dado que se está solicitando lo mismo amparado en la misma normativa. En este sentido, resultan especialmente interesantes las consideraciones relativas a la *causa paetendi* realizadas por la sentencia de la **Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Albacete nº 36/2007 de 13 de febrero (EDJ 2007/10694)**:

*“Por lo que respecta a la **“causa de pedir”** (quizás el elemento más difícilmente aprehensible), **ha de entenderse como el hecho jurídico o título que sirve de base al derecho reclamado, es decir, el fundamento o razón de pedir, no propiamente la acción ejercitada** (Sentencia del Tribunal Supremo de 31.03.1992 EDJ 1992/3124 y de 3.06.1993 EDJ 1993/5315). La STS del Tribunal Supremo de 31-03.1992 expone claramente qué ha*

de considerarse como "causa de pedir" (o "causa petendi") cuando dice: conviene exponer cuál es la jurisprudencia de esta Sala sobre la cosa juzgada en el aspecto que aquí interesa, esto es, el de la "causa de pedir", jurisprudencia cuyos postulados básicos son los siguientes:

A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal (STS 11.03.1985 EDJ 1985/7218 y 25.05.1995 EDJ 1995/2710).

B) La "causa de pedir" viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora (STS 3.05.2000 EDJ 2000/9280) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión (STS 19-06-2000 EDJ 2000/13141 y 24-07-2000 EDJ 2000/15628) o título que sirve de base al derecho reclamado (STS de 27.10.2000 EDJ 2000/35384 y 15.11.2001 EDJ 2001/40417).

C) La identidad de "causa de pedir" concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción (STS 27.10.2000 EDJ 2000/35384)."

Así lo entiende también la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa** antes citada, cuando establece haciendo referencia a múltiples sentencias del Tribunal Supremo que:

"Por otra parte, la causa de pedir no se debe identificar con las acciones de las que se vale el actor en defensa de sus derechos (STS de 31 de marzo de 1992 EDJ 1992/3124 que citas las de 9-3 y 20-4 1948, 30-6-1976 EDJ 1976/219 y 9-5-1980, así como las de 18-4-1969 EDJ 1969/115 , 17-2-1984 EDJ 1989/7029 , 5-11-1992 y 11-10-1993 EDJ 1993/8926 , sino que propiamente lo que conforma la "causa petendi", son los hechos decisivos y concretos - también cabe reputarlos relevantes- o los títulos que conforman el derecho reclamado y avalan la tutela judicial que postula, integrando la razón de pedir."

En definitiva, no hay duda tras lo expuesto, que **en el presente caso se da una absoluta identidad de causa petendi, además de identidad de la acción ejercitada, de tal manera que concurre una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado:** en ambos casos, las circunstancias que determinan lo reclamado es la supuesta responsabilidad de BANCO [REDACTED] (antes [REDACTED] por la aplicación de la Ley 57/1968, en relación con la promotora [REDACTED]

Sin embargo, y pese a que entendemos que debe estimarse la excepción de cosa juzgada planteada, a continuación se exponen los fundamentos concernientes a la acción ejercitada de contrario.

B) JURÍDICO – MATERIALES

PRIMERO.- NO SE PUEDE GENERAR LA RESPONSABILIDAD LEGAL BANCARIA DERIVADA DE LA LEY 57/1968 PORQUE NO HA QUEDADO ACREDITADO INCUMPLIMIENTO ALGUNO EN LA ENTREGA DE LA VIVIENDA.

Sin ánimo de ser reiterativos, en aras a lo expuesto, lo hacemos nuestro en el presente Fundamento, dejando claro que mi mandante no puede ser responsable por la compra de una vivienda la cual fue construida en forma sin que mediase incumplimiento alguno, pues no hay prueba alguna que determine que el demandante no adquiriese la vivienda, por lo que lógicamente no se cumple el presupuesto básico de la Ley 57/1968.

En lo que respecta a la posible responsabilidad de mi mandante al amparo de la Ley 57/1968, es necesario analizar que la Ley dispone que los presupuestos son;

“Artículo 1.1ª: Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Artículo 1.2ª: Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”.

En primer lugar, hay que señalar que la obligación nace directamente para el promotor. Dicha responsabilidad deberá, evidentemente, **derivar de un incumplimiento por su parte.**

A este respecto es de suma relevancia y muy ilustrativa una reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 9 de junio de 2016 (EDJ 2016/121961)**

*Es cierto que **la vivienda no fue entregada** al comprador hoy demandante, pero tal entrega no se debió al hecho que no fuese terminada en plazo, sino a un **incumplimiento imputable en exclusiva a la promotora**, que estimando que el comprador no pagó el segundo plazo y desistió del contrato optó por **vender la vivienda a un tercero**, y es obvio*

que conforme la Ley 57/1968, de 27 de julio (EDL 1968/1807), la entidad bancaria que concede el aval solidario para responder de la devolución de los anticipos, sólo responde cuando tal entrega sea imputable a la no terminación de la vivienda en el plazo previsto, pero no responde **cuando la falta de entrega sea debida a otras causas o incumplimiento distintos de la falta de terminación de su construcción en plazo, y reiteramos, al haberse terminado la vivienda en plazo no cabe reclamar nada a la entidad financiera** en la cual se abrió la cuenta donde se ingresaron los anticipos y que concedió el avalo solidario para garantizar su devolución en caso de no terminación de la vivienda en plazo.

Por todo ello debe confirmarse la desestimación de la demanda formulada contra "Caixabank, SA" si bien por diferentes motivos a los esgrimidos por la juez de instancia, pues ésta aprecia prescripción de la acción, que este tribunal ha descartado apreciando sin embargo falta de acción, pues terminada la vivienda en plazo nada puede reclamarse a dicha entidad financiera, dado que lo que garantiza es precisamente tal terminación."

Así, la Ley 57/1968 establece una serie de imposiciones a las promotoras que vayan a recibir cantidades anticipadas de los adquirentes, consistente en la obligación de aperturar una cuenta especial. A partir de dicha apertura operaría la ley 57/1968, no antes. En este caso hemos podido comprobar que, al menos con mi mandante, no se apertura ninguna cuenta especial. Por lo tanto, no se debe derivar ninguna responsabilidad al respecto de mi mandante.

El artículo 1 de la Ley 57/1968, lo que trata de garantizar a los compradores de viviendas futuras es la devolución de las cantidades que hubieran anticipado, tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como si no llega a buen fin (**STS de 19 de julio de 2004 y SSAAPP de Madrid de 14 de enero de 2008 y Alicante de 25 de junio de 2010**).

Pues bien, basta la simple lectura de las dos condiciones del artículo 1 de la Ley 57/1968, para llegar a las siguientes conclusiones:

- Que la obligación de garantizar las entregas a cuenta recae única y exclusivamente sobre el **promotor**.
- Que para que surja la responsabilidad del promotor y, en su caso, de las entidades financieras depositarias de los fondos anticipados por los compradores **debe de existir un previo incumplimiento** por parte de aquél, consistente en la falta de inicio o conclusión de la construcción en el plazo convenido y que el contrato entre el promotor y el comprador haya sido rescindido.
- Que para que surja la responsabilidad de la entidad depositaria de los fondos es preciso que la cuenta corriente sea especial, es decir, una cuenta en la que la promotora ingrese únicamente fondos anticipados por los compradores con la finalidad de atender a las

necesidades de construcción de las viviendas y que se restrinja su disposición a esas concretas finalidades, **o al menos, según la última jurisprudencia, que se demuestre que la entidad bancaria conocía que la cuenta tenía como finalidad lo señalado en la Ley 57/1968.**

En definitiva, mi mandante no ha asumido ninguna responsabilidad para la devolución de las sumas entregadas a cuenta por la parte demandante. Aunque no sea cuenta especial, el título de imputación es la culpa *in vigilando*, luego al menos debería exigirse la prueba de que la entidad bancaria **conocía que el uso y destino de la misma era recibir los anticipos a cuenta de los compradores.**

Así, la existencia de una cuenta genérica para otros ingresos y otros gastos de BITANGO PROMOCIONES no puede, en ningún caso, determinar la responsabilidad vía Ley 57/1968. Como decimos, no puede tratarse de una “responsabilidad automática” sino fundamentada en “culpa”, con lo que corresponde activamente a la parte actora la obligación de demostrarlo en el seno del presente procedimiento, lo que hasta ahora no ha sucedido.

SEGUNDO.- RESPECTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El principio “*incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”, ex artículo 217 LEC, y los también específicos del proceso civil: dispositivo y de aportación de parte, ex artículo 216 LEC, encomiendan a los litigantes la carga de la prueba (el denominado “*onus probando*”).

Así, de conformidad con el artículo 217.2 de la LEC “*corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción*”, que en el presente supuesto se traduce en que la parte actora acredite:

- (i) Acredite el incumplimiento en la entrega que se reputa presupuesto básico para que la acción ejercitada de contrario resulte viable.
- (ii) Acredite fehacientemente que ostenta la condición de consumidor en la relación jurídica de la que trae causa la presente *litis*.
- (iii) Acredite que los pagos ahora reclamados fueron realizados efectivamente.
- (iv) Acredite que los pagos ahora reclamados fueron ingresados en una cuenta de la promotora abierta en [REDACTED]

- (v) Acredite que efectivamente BANCO ██████████ conocía que en una cuenta de la promotora abierta en la entidad se ingresaron por consumidores, las cantidades reclamadas en concepto de anticipo por compra de vivienda.
- (vi) Y por ello, acredite que la promotora había aperturado una cuenta especial en BANCO ██████████ para financiar la promoción en la que se integraba el inmueble litigioso, en la que la promotora estaba ingresando los anticipos para hacer frente a la construcción de las viviendas, o al menos, según las últimas Sentencias del Tribunal Supremo, una cuenta que aunque no tuviera la denominación de especial, se hubiera abierto con otra denominación distinta pero con la finalidad demostrada de ingresar los anticipos a cuenta de los compradores.

En este sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia en diversas ocasiones respecto a la infracción de la regla *“ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat”*, **incumbe la prueba al que afirma, no al que niega**, a modo de ejemplo véase las **SSTS, Sección 1ª, de 28 febrero 1997 y 28 abril 1999**.

Pues bien, lejos de ello, la parte actora no ha desplegado medio de prueba alguno tendente a acreditar la exactitud y certeza de los extremos anteriormente advertidos, y siendo que el artículo 216 LEC establece que:

“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”, la consecuencia no puede ser otra que la desestimación íntegra de la demanda.

A este respecto, debemos citar nuevamente la reciente **Sentencia núm. 4/2017 de la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 21 de febrero de 2017** que se pronuncia tanto sobre la responsabilidad de cada entidad financiera como sobre la carga de la prueba:

“No cabe duda, por tanto, que resulta trascendental la acreditación de que tales cantidades se ingresaron en una cuenta de Bankia (respecto de la que resulta incontrovertido que no era avalista), prueba cuya carga (ex art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) pesa sobre los actores, y así lo han asumido aportando unos medios que se nos antojan absolutamente insuficientes, como son el interrogatorio de parte y la testifical de los representantes de las mercantiles responsables de la promoción, el segundo de los cuales, Sr. Montes Ramos manifestó en el acto del juicio que él estaba allí para defender los intereses de los compradores, aun cuando su mayor preocupación fuera la entrega de las viviendas.

Dicha orfandad probatoria se agudiza si tenemos en cuenta que se trata de unos elementos fácticos que por su naturaleza han de dejar un rastro documental que difícilmente ha podido desaparecer, hablamos de apuntes bancarios que no se aportan por quien tiene la carga de hacerlo y la facilidad y disponibilidad probatorias, adjuntando incluso a la demanda documentos que

acreditan que los ingresos se efectuaron en otras entidades bancarias distintas a la apelante, a la que en consecuencia sólo podemos atribuir el papel de financiadora de la promoción, sin que exista base probatoria alguna para añadirle, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente transcrita, ninguna otra obligación o responsabilidad que pudieran derivarse del derecho cogente que se desprende de la citada ley 57/1968”.

La **Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz** estima el recurso de apelación interpuesto por una entidad financiera que, incluso siendo financiadora de la promoción en la que se encontraba la vivienda respecto de la que el comprador anticipó cantidades, en las cuentas titularidad de la promotora aperturadas en dicha entidad, no se recibió ingreso alguno, sino en cuentas bancarias de la promotora abiertas en otras entidades.

“TERCERO.- Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia de instancia, en el sentido de absolver a Bankia S.A. de los pedimentos que contra ella contiene la demanda, condenando a los actores al pago de las costas causadas a dicha demandada en la primera instancia, y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Junto a esta sentencia, el **Tribunal Supremo** ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de acompañar junto al escrito de demanda la documentación en que se base la pretensión solicitada, entre ellas, la **Sentencia núm. 29/2010, de 29 enero, de la Sala Primera** dispone al respecto:

“En el supuesto que se analiza, era la actora la que venía obligada a acreditar, por ser carga que incumbe a la misma, que en su demanda se daban los requisitos precisos para la viabilidad de la acción de repetición entablada frente al demandado tanto en virtud del seguro obligatorio como del voluntario. El artículo 265.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), exige la aportación de una serie de documentos junto a los escritos iniciales del proceso, como son aquellos en que las partes fundan su derecho a la tutela judicial que pretenden, y como excepción en la audiencia previa al juicio -apartado 3- autoriza al actor a aportar los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, "cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda". Son documentos dirigidos a determinar tanto los hechos constitutivos, es decir, aquellos en los que fundamenta su pretensión, como los impeditivos, que servirán para enervarlos, y que el actor y el demandado han de aportar en los escritos alegatorios iniciales, en razón no solo a permitir al órgano jurisdiccional tener todos los elementos necesarios para dar curso a la demanda, sino de evitar toda posible indefensión a los litigantes, a cuya disposición se ponen inicialmente los datos necesarios para desplegar adecuadamente su defensa; incumplimiento que sanciona el art. 269 con la pérdida del derecho a su incorporación posterior y con el consiguiente efecto sobre la prueba de hechos esenciales para su pretensión”.

En el mismo sentido la **Audiencia Provincial de Málaga, en la Sentencia núm. 119/2015, de 9 de marzo, Sección 5ª**, establece al respecto:

“El artículo 265 de la LEC señala cuales son los documentos que la parte actora debe acompañar a su demanda. Cuando en el artículo 265 de la LEC se hace referencia a «los documentos relativos al fondo del asunto» , se está aludiendo a aquellos documentos cuya presentación es necesaria por ser presupuestos procesales que permiten la personación y prosecución respecto al fondo del proceso. Esto es, dichos documentos son los relativos al fondo que, con su aportación, permiten resolver la cuestión de Derecho sustantivo en orden a alcanzar el buen fondo de la resolución que, finalmente, pronuncie el órgano jurisdiccional. A su vez, dispone el artículo 269 de la LEC, que cuando la demanda no se acompañara con dichos documentos, no podrá ya la parte presentar estos posteriormente, ni solicitar que se traigan a los autos. La LEC parte del principio general de que las partes van a disponer de los documentos relativos al fondo del asunto para acompañarlos con la demanda o contestación. Dicho principio general se basa en la idea de la unidad de acto que implica que, tanto demanda como contestación, han de hacerse acompañar en un solo acto alegatorio de los documentos, medios e instrumentos. En el presente caso, los documentos relativos al fondo del asunto que se citan por el apelante tanto en su demanda como en esta alzada, se encontraban en poder de la parte actora y eran relativos a hechos, que según alega, lo eran de fecha anterior a la presentación de la misma, esto es, si tales documentos están datados con anterioridad a la fecha de presentación de la demanda, no había óbice alguno para haberlos acompañado con la misma, no habiéndose producido ninguna indefensión ni producido vulneración alguna del derecho, cuando tales documentos no se aportaron por omisión imputable a la propia apelante. De cuanto antecede se colige claramente que el demandante incumplió con las cargas procesales que le incumbían a tenor de lo dispuesto en el artículo 265 de la LEC al no aportar con su demanda todos los documentos en que los que fundaba su derecho, que eran de fecha anterior a la demanda y que estaban a disposición de la parte, de modo que la conculcación de esos preceptos ha comportado, por parte de la apelante, una infracción de los principios de preclusión y contradicción, en los que no puede basarse para invocar una pretendida indefensión solo a ella imputable”.

Siguiendo el mismo criterio, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de la Sección 8ª, núm. 258/2014, de 23 junio**, establece:

*“La Sala no comparte de forma tan tajante dicha conclusión del juzgador de instancia y ello porque con ello confunde los motivos de oposición con la **acreditación de los hechos constitutivos de su pretensión y con los documentos que la justifiquen, acreditación que corresponde al demandante debiendo así mismo acompañar a la demanda los documentos justificativos de su pretensión , es decir debe con su demanda acreditar su pretensión indemnizatoria** y que conforme a la póliza suscrita ha cumplido su obligaciones para que se dé lugar a la indemnización solicitada. Es **decir la demanda tiene que reunir los requisitos y acompañar los documentos justificativos de la pretensión** y no como parece dar a entender la resolución de instancia, de que la demanda ha de partir en cuanto a su fundamentación de las causas en su día invocadas como oposición extrajudicial al pago de la indemnización pues no nos encontramos en un ordinario subsiguiente al*

monitorio sino en un **declarativo ordinario que principia con demanda con sus requisitos legales y documentos exigidos siendo perfectamente oponible en la contestación que se alegue la no acreditación de la realidad de los trabajos que dieron lugar al crédito que se dice impagado así como la no aportación de la documentación requerida en orden al crédito impagado.**

(...)

Debió pues la demandante acompañar los documentos, y ésa no es una cuestión carente de importancia puesto que se impide el completo conocimiento de las operaciones que se dicen impagadas y lo que es más trascendente, de los requisitos de las mismas para ser incluidas en el aseguramiento. Deben tenerse en cuenta además, en el presente caso, las normas sobre la carga de la prueba que se establecen en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que en sus apartados 2 y 3 establece que corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, e incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior; lo cual significa que corresponde a la parte actora acreditar los hechos constitutivos del derecho cuyo reconocimiento y protección invoca y, a la parte demandada, los impeditivos o extintivos del mismo, sin que deba desconocerse, por un lado, que, conforme al apartado 1 del referido precepto, si al tiempo de dictar Sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones del actor o del reconviniendo o del demandado o reconvenido según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones, y, por otro que, a tenor del apartado 7 del tan repetido artículo, para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio. En conclusión, estima la Sala que la actora no cumplió con la carga de la prueba, regulada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que le impone acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, entre los que se encuentra que las operaciones se ajustaban a las previsiones de la póliza, y que había cumplido con las exigencias que en su articulado se le imponían así como acompañando la documentación acreditativa de la prestación de servicios y del crédito impagado, razones que, comportan la desestimación de la demanda y con ello la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia de instancia pero a través de los razonamientos expuestos en la presente resolución y sin que tampoco resulte la existencia de dudas de hecho en cuanto a la imposición de costas habida cuenta que se ha desestimado la demanda y resulta de aplicación el principio de vencimiento objetivo además de que la demanda se desestima por incumplimiento del demandante de su obligación de carga de la prueba sin que al respecto existan dudas de hecho”.

Siguiendo la misma línea, la **Audiencia Provincial de Burgos, en Sentencia de la Sección 2ª, nº 250/2011, de 30 de mayo**, concreta en relación con lo expuesto:

"En el supuesto que se analiza, era la actora la que venía obligada a acreditar, por ser carga que incumbe a la misma, que en su demanda se daban los requisitos precisos para la viabilidad de la

acción de repetición entablada frente al demandado tanto en virtud del seguro obligatorio como del voluntario. El artículo 265.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige la aportación de una serie de documentos junto a los escritos iniciales del proceso, como son aquellos en que las partes fundan su derecho a la tutela judicial que pretenden, y como excepción en la audiencia previa al juicio -apartado 3- autoriza al actor a aportar los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, "cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda". Son documentos dirigidos a determinar tanto los hechos constitutivos, es decir, aquellos en los que fundamenta su pretensión, como los impeditivos, que servirán para enervarlos, y que el actor y el demandado han de aportar en los escritos alegatorios iniciales, en razón no solo a permitir al órgano jurisdiccional tener todos los elementos necesarios para dar curso a la demanda, sino de evitar toda posible indefensión a los litigantes, a cuya disposición se ponen inicialmente los datos necesarios para desplegar adecuadamente su defensa; incumplimiento que sanciona el art 269 con la pérdida del derecho a su incorporación posterior y con el consiguiente efecto sobre la prueba de hecho esenciales para su pretensión".

Y la reciente **Sentencia núm. 4/2018 de fecha 29 de diciembre de 2017 dictada por el Juzgado de Primera e Instrucción Único de Segorbe** en un supuesto prácticamente idéntico al que nos ocupa:

"Ahora bien, es preciso que se demuestre a juicio de este Juzgador y pruebe de forma clara y contundente, que dicha confusión a la hora de llevar a cabo el ingreso y la disposición que se hizo de esas cantidades, se produjo porque se incumplió por la entidad demandada, con esa obligación de depositario que la entidad debía haber llevado a cabo, con arreglo a la legislación antes invocada 57/68. Sobre este extremo, entiende este juzgador que la demanda adolece de defectos y deficiencias en lo que a los elementos de prueba se acompañan con objeto de lograr o entender debidamente amparada la acción que se ejercita. Es decir, no se justifica que realmente la entidad demandada incumpliera las obligaciones de depositario que legalmente le corresponden, porque solo se afirma de forma abstracta y genérica, tanto la disposición de esas cantidades de la cuenta (cosa que era fácilmente demostrable) sin incluir los elementos de atribución de responsabilidad a la entidad bancaria, sin que se haya desplegado actividad probatoria alguna fuera de la contratación documental de los ingresos, y de la existencia de los cheques por esas cantidades; por lo que al amparo de Art 217 LEC, debe entenderse que la parte actora no justifica ni prueba debidamente su acción conforme a los requisitos legales, por lo que la presente demanda debe ser desestimada.

En resumen, examinadas la documentación y la pluralidad de alegaciones de la actora, a juicio de este Juzgador, dicha demanda debe decaer y ser desestimada por falta de elementos de prueba para estimar incumplidas por la demandada las obligaciones a las que venía obligada legalmente, conforme a lo dispuesto en el Art. 217 LECV, en relación a los anticipos ingresados por el actor".

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 265.1 LEC y dado que la actora no ha acompañado a su escrito inicial de demanda prueba alguna que acredite los

hechos en que basa su reclamación, no habiendo alegado ninguna circunstancia al respecto en su escrito de demanda, ha incurrido en un incumplimiento de la carga procesal, siendo la consecuencia de dicha omisión, la pérdida del derecho a poder aportar posteriormente cualquier documento que pueda acreditar la responsabilidad de mi representada en la presente *litis* (la cual negamos), de conformidad con lo establecido en el artículo 269 LEC.

TERCERO.- LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO DE CANTIDADES ANTICIPADAS, CUANDO NO EXISTE AVAL, RECAE EN LA COOPERATIVA, Y POR ANALOGÍA EN LA COMUNIDAD PROPIETARIOS.

Como se ha puesto de manifiesto en sede fáctica, debe destacarse el papel de la CP [REDACTED] comunidad de bienes constituida por parte de los comuneros para la autopromoción de las viviendas, y, aunque lo habitual para la autopromoción sea la constitución de Sociedades Cooperativas, en este supuesto fue la Comunidad de Propietarios quien actuó como sociedad cooperativa.

En este sentido, la **Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) núm. 424/2015, de 22 diciembre (JUR 2016\31643):**

“QUINTO. Sobre la situación específica de la construcción en régimen de Cooperativa, también esta Sala ha resuelto sobre la aparente desigualdad entre los cooperativistas que recuperan por la vía de la exigencia del aval las cantidades anticipadas y aquellos que lo hacen por la vía de darse de baja en la Cooperativa, que deben esperar a que otra persona les sustituya en su condición de socio (SS 15 de enero de 2014 y 9 de enero de 2015).

*En el caso de la construcción en régimen de Cooperativa no se vincula la petición de reembolso a la baja del cooperativista, por lo que es dudoso que el cooperativista tenga que darse de baja para recuperar las cantidades aportadas por la vía de la Ley 57/1968, sobre todo a través del aval que ha debido prestarse. La aparente contradicción que resulta del hecho de continuar siendo miembro de la cooperativa, compartiendo los riesgos y venturas de la promoción con la facultad de recuperar las cantidades adelantadas se resuelve -decíamos en aquella sentencia- porque "ambas situaciones son distintas, y sobre todo los obligados a la restitución de lo aportado no son los mismos (...) Cuando un cooperativista se da de baja sí es la Cooperativa la que hace el reembolso, subordinado este a que sea sustituido por otro socio. **Pero cuando lo que se pretende es la recuperación de las cantidades por la vía de la Ley 57/1968 la obligación de reembolso recaerá sobre el avalista, y en caso de falta de aval sobre el Consejo Rector, que es al que puede exigirse responsabilidad conforme al artículo 5 del Decreto 3114/1968 (RCL 1968, 2240).** El dinero por lo tanto no sale de la Cooperativa para pagar al cooperativista que prefiere recuperar lo aportado antes que esperar a que finalice la edificación. Habrá de pagar el avalista y este tendrá un derecho de crédito contra la Cooperativa para cuando se produzca la baja del cooperativista, normalmente tramitada esta por la propia cooperativa, y como subrogado el avalista en los derechos que le corresponderían al cooperativista al que se le ha dado de baja”.*

Lo anterior cuando el cooperativista sigue siendo miembro de la Cooperativa. Cuando el cooperativista se da de baja se cumple el supuesto de resolución del contrato a que hace referencia la Ley 57/1968 para ejercitar el derecho a la restitución. Ciertamente en la Cooperativa no hay relación contractual, ni por lo tanto contrato de compraventa. La adjudicación de las viviendas es solo un acto de cumplimiento de los acuerdos de la Cooperativa, pero en lo demás la fuente de los derechos y obligaciones de las partes no es el contrato, sino la ley y los acuerdos adoptados. No obstante se puede asimilar la baja a la resolución del contrato a los efectos de ejercitar el derecho de reembolso. En cualquier caso no basta con la baja para pedir la devolución de las cantidades porque esta es una obligación sujeta a condición. No cualquier resolución del contrato conlleva la ejecución del aval, sino la resolución que venga acompañada de la falta de inicio o de terminación de las obras en plazo. Luego, una vez resuelto el contrato, o en este caso, una vez declarada la baja del cooperativista, habrá que esperar al vencimiento del plazo para iniciar o concluir la edificación, para pedir la ejecución del aval, o para solicitar la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de avalar”.

En definitiva, que si se pretende la recuperación de las cantidades anticipadas por la vía de la Ley 57/1968, la obligación de reembolso recae sobre el avalista y, si no hubiera aval -como es el caso- la obligación de reembolso recae sobre el Consejo Rector de la Cooperativa.

Señala asimismo la referida sentencia que ***“en cuanto a que pueda imputarse a los cooperativistas el incumplimiento de la obligación de avalar por no haber adoptar los acuerdos necesarios, también hay que tener en cuenta que la Cooperativa tiene un órgano, como es el Consejo rector, al que le incumbe, más que a la Junta General, la suscripción de estos avales con las entidades financieras”.***

Es decir, que tal y como hemos expuesto en el fundamento anterior, y con independencia de clarificar que la obligación de reembolso de los anticipos corresponde al Consejo Rector de la propia Cooperativa en casos como en el presente en los que no existe aval, la sentencia también aclara que este órgano de gestión -el Consejo Rector- es al que incumbe la suscripción de avales con las entidades financieras.

Pues bien, en el mismo sentido que en la resolución citada se pronuncian numerosas sentencias, como la **Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4ª) núm. 263/2006, de 31 mayo** (JUR 2006\187523), en su Fundamento de Derecho cuarto:

*“En cuanto al alegado conocimiento que habrían tenido el demandante o los socios de la omisión y la supuesta aceptación tácita, señalar que **el cumplimiento de las garantías es bajo la responsabilidad de la Cooperativa y del Consejo Rector y no del socio afectado**, aparte de la naturaleza protectora de la normativa en cuestión (el artículo 7 de la Ley 57/1968 [RCL 1968, 1335] y el 6 del Decreto 3114/1968 [RCL 1968,2240] expresamente dotan a sus derechos del carácter de irrenunciables) y la ausencia de prueba del alegado consentimiento o de que en el momento de suscribir el contrato el demandante conociera nada de lo relativo a la falta del seguro o aval”.*

También la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) núm. 254/2014 de 31 octubre** (JUR 2015\49854), Fundamento de Derecho octavo:

*“En el caso de la construcción en régimen de Cooperativa no se vincula la petición de reembolso a la baja del cooperativista, por lo que es dudoso que el cooperativista tenga que darse de baja para recuperar las cantidades aportadas por la vía de la ley 57/1968. Ambas situaciones son distintas, y sobre todo los obligados a la restitución de lo aportado no son los mismos. No se concibe que en una cooperativa en la que de alguna forma todos los socios tienen que sufrir los mismos riesgos de falta de construcción en plazo, de elevación del precio de las viviendas, etc. puedan algunos de ellos recuperar de forma inmediata de la cooperativa aquello que han aportado, mientras que otros tengan que esperar el plazo de cinco años o a otro socio que les sustituya. Por eso parece más ajustado a derecho pensar que cuando un cooperativista se da de baja sí es la Cooperativa la que hace el reembolso, subordinado este a que sea sustituido por otro socio. **Pero cuando lo que se pretende es la recuperación de las cantidades por la vía de la Ley 57/1968 la obligación de reembolso recaerá sobre el avalista, y en caso de falta de aval sobre el Consejo Rector, que es al que puede exigirse responsabilidad conforme al artículo 5 del Decreto 3114/1968** (*Este decreto está derogado aunque la sentencia es de 2014) (RCL 1968,2240). El dinero por lo tanto no sale de la Cooperativa para pagar al cooperativista que prefiere recuperar lo aportado antes que esperar a que finalice la edificación. Habrá de pagar el avalista y este tendrá un derecho de crédito contra la Cooperativa para cuando se produzca la baja del cooperativista, normalmente tramitada esta por la propia cooperativa, y como subrogado el avalista en los derechos que le corresponderían al cooperativista al que se le ha dado de baja. Esta solución es la que se nos antoja la mejor para evitar los problemas que plantea el apelante, y que pueden conducir en caso contrario a la insolvencia de la Cooperativa”.*

Igualmente la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) núm. 310/2012 de 31 julio** (JUR 2012\316255):

*“Es cierto que ni la LOE, ni la Ley 27/1999, de 16 de Julio (RCL 1999, 1896) de Cooperativas (artículos 32 y 43) ni Ley 11/2002 de 11 de abril de cooperativas de castilla y león (artículo 40 y 51), ni los Estatutos de la Cooperativa Solidel (artículo 43 y 51) contemplan específicamente la obligación del Consejo Rector de la Cooperativa de constituir el seguro o el aval , sin embargo, el Decreto 3114/ 1968 de 12 de diciembre (RCL 1968, 2240) , sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de vivienda s, aun en vigor, en su artículo 4 dispone que: " Las **Cooperativas** constituidas conforme a lo dispuesto en la Ley de 2 de enero de 1942 y Reglamento de 11 de noviembre de 1943 , que construyan viviendas no acogidas a la legislación de «Viviendas de Protección Oficial», estarán sometidas a las normas de garantía establecidas en los artículos anteriores para las Comunidades, a cuyo efecto, las Juntas Rectoras garantizarán a todos y cada uno de los interesados la devolución del importe de sus aportaciones más el 6% de interés anual, mediante aval bancario o contrato de seguro, para el supuesto que la construcción no se inicie o termine en los plazos señalados, debiendo hacer entrega del documento que acredite tal garantía individualizada en el momento que se exijan al socio cooperador cantidades para la*

adquisición del solar o para la construcción del edificio. El aval bancario o contrato de seguro podrán ser sustituidos por certificación de garantía otorgada a favor de la Cooperativa por la «Obra Sindical de Cooperativas», en cuyo caso esta Entidad Sindical asumirá las obligaciones a que se refiere la condición primera del art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio”.

O la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) núm. 20/2015 de 15 enero** (JUR 2016\31311):

*“En el caso de la construcción en régimen de Cooperativa no se vincula la petición de reembolso a la baja del cooperativista, por lo que es dudoso que el cooperativista tenga que darse de baja para recuperar las cantidades aportadas por la vía de la Ley 57/1968, sobre todo a través del aval que ha debido prestarse. La aparente contradicción que resulta del hecho de continuar siendo miembro de la cooperativa, compartiendo los riesgos y venturas de la promoción con la facultad de recuperar las cantidades adelantadas se resuelve -decíamos en aquella sentencia- porque "ambas situaciones son distintas, y sobre todo los obligados a la restitución de lo aportado no son los mismos (...) Cuando un cooperativista se da de baja sí es la Cooperativa la que hace el reembolso, subordinado este a que sea sustituido por otro socio. **Pero cuando lo que se pretende es la recuperación de las cantidades por la vía de la Ley 57/1968 la obligación de reembolso recaerá sobre el avalista, y en caso de falta de aval sobre el Consejo Rector, que es al que puede exigirse responsabilidad conforme al artículo 5 del Decreto 3114/1968 (RCL 1968, 2240).** El dinero por lo tanto no sale de la Cooperativa para pagar al cooperativista que prefiere recuperar lo aportado antes que esperar a que finalice la edificación. Habrá de pagar el avalista y este tendrá un derecho de crédito contra la Cooperativa para cuando se produzca la baja del cooperativista, normalmente tramitada esta por la propia cooperativa, y como subrogado el avalista en los derechos que le corresponderían al cooperativista al que se le ha dado de baja”.*

Por tanto, como ya hemos adelantado, la obligación previa a la eventual devolución de cantidades anticipadas, esto es, la constitución de las garantías contempladas en la legislación, recae también sobre el Consejo Rector de la Cooperativa o, en el caso que nos ocupa, sobre la Junta de Vigilancia de la comunidad.

CUARTO.- RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO LEGAL DE LA OBLIGACIÓN DE COMPROBAR LA EXISTENCIA DE GARANTÍA EN EL MOMENTO DE COMPENSAR LOS CHEQUES.

En este orden de cosas, no podemos perder de vista la última Jurisprudencia del Tribunal Supremo emitida a través de diversas Sentencias durante el año 2015 y que emanan de la Sentencia del caso ASEFA de 13 de septiembre de 2013.

En estas resoluciones se manifiesta la doctrina del Tribunal Supremo de forma clara a la hora de abordar alguna de las cuestiones discutidas hasta entonces de la cuestión de la responsabilidad

de las entidades financieras derivada del art. 1.2ª de la Ley 57/1968, pero hay otras cuestiones que entendemos no resuelve el Alto Tribunal y que la demanda tampoco justifica con lo que procede la desestimación de la misma.

Concretamente, la responsabilidad, aunque legal, no puede entenderse que sea objetiva o automática. En efecto, el hecho de que el Tribunal Supremo haya eximido del requisito de una cuenta especial y restringida no exime al demandante de la prueba de la culpa de la entidad financiera, que en estos casos se traduce en **demostrar que la entidad bancaria conocía, en el momento de compensar el cheque, que su destino era el pago por consumidores de cantidades a cuenta del precio de la compra de una vivienda.**

Como se señala en los antecedentes de la **Sentencia del Tribunal Supremo 780/2015, de 30 de abril, rec.520/2013 (RJ 2015/2017)**:

“Existe igualmente una obligación "in vigilando" que se impone a las cajas de ahorro al obligarles a exigir al promotor la constitución de un aval o seguro que garanticen los depósitos efectuados por el adquirente en cuenta especial, quedando las cajas de ahorros como obligadas, disponiendo el depositario de un derecho subjetivo frente a éstas para el resarcimiento por incumplimiento de la prestación debida, sin olvidar que se recoge como condición que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin POR CUALQUIER CAUSA en el plazo convenido (...) siendo exigible de su conducta una diligencia superior a la predicable del "buen padre de familia".

En este sentido, la demanda no incluye prueba alguna del conocimiento que tenía BANCO ████████ de esa finalidad, y es evidente que la carga de la prueba corresponde a la parte demandante. Así, destacamos la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 31 de marzo de 2015** que, aunque estima la demanda, lo hace expresamente porque de la prueba celebrada en el juicio se ha demostrado que la entidad bancaria conocía desde su origen el funcionamiento como cuenta corriente destinada a los anticipos.

Por último, mucho más reciente resulta la **Sentencia nº 56/2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, en los autos de Procedimiento Ordinario 344/2018, que desestima la demanda interpuesta contra mi mandante:**

En definitiva, no habiendo constancia de que la entidad bancaria demandada tuviera intervención en la promoción en cuestión al tiempo de la firma del contrato de compraventa ni cuando se realizaron los supuestos pagos reclamados, sin que exista referencia alguna en el contrato de compraventa, no sólo de cuál iba a ser la entidad financiera de la promoción, sino y sobre todo, al regular la forma de pago del precio, sobre la necesidad de realizar los ingresos en la cuenta especial prevista por la Ley 57/68, ni sobre la obligación de constituir aval o garantía respecto de las cantidades entregadas a cuenta por el comprador, todo lo anterior lleva a eximir a la entidad bancaria de cualquier responsabilidad por el incumplimiento de la promotora de sus obligaciones frente a la compradora demandante en virtud del contrato suscrito por ambos.

Pero ya no solo es que la parte demandante, hasta el momento y sin perjuicio de la fase probatoria, no haya demostrado que BANCO [REDACTED] conocía que en el descuento se estaban incluyendo anticipos de entrada para viviendas, sino que de la documentación aportada se presume que no tenía este conocimiento y que, por tanto, no puede imputársele culpa determinante de responsabilidad:

- i. De la documentación aportada por la parte actora referidos a los cheques, no se aprecia el conocimiento que la entidad pudiera tener de los pretendidos anticipos, que se encuentran carentes incluso de concepto.
- ii. Nada se ha aportado en relación a la existencia de un descuento concertado entre BANCO [REDACTED] y la promotora, sin que sepamos la finalidad otorgada, ni los límites cuantitativos ni temporales a los que estaba sometido.
- iii. Es la parte compradora la que de forma totalmente voluntaria decide articular el precio de la reserva a través de cheques y por tanto utilizando un título al que nuestra legislación (Ley Cambiaria y del Cheque) otorga un carácter esencialmente abstracto. Tampoco consta que las partes limitaran de alguna manera la circulación del cheque y letras de cambio como título abstracto (por ejemplo con la prohibición de endosos) y, en definitiva, ese efecto bancario emitido se incorporaba como título al tráfico jurídico con total independencia de la causa de su emisión, por la propia definición. Es decir, en origen, y por decisión voluntaria de las partes, se separa de la causa el otorgamiento del efecto, con lo que ¿cómo se va a exigir a un tercero responsabilidad por esa causa?, es decir, **no se puede pretender exigir en este momento a la entidad bancaria demandada que conociera o debía haber conocido la causa de ese título abstracto.**

En conclusión, no ha quedado acreditado que BANCO [REDACTED] pudiera conocer en el momento de practicar la compensación del efecto, que la finalidad del mismo era la de atender a recoger las cantidades anticipadas para la adjudicación del inmueble litigioso, y teniendo en cuenta que el momento concreto en que hay que examinar la responsabilidad es precisamente éste, entendemos que no se da el supuesto, en concreto la imputación subjetiva, para la atribución de responsabilidad.

QUINTO.- CONCERTAR LA APERTURA DE UNA CUENTA BANCARIA, NO EQUIVALE A QUE SE GENERE DE FORMA AUTOMÁTICA LA RESPONSABILIDAD A LA QUE SE REFIERE LA LEY 57/1968.

La cuenta bancaria se puede definir como el contrato firmado entre una persona física o jurídica con una entidad financiera, por la que el cliente, puede ingresar en dicha entidad importes en

efectivo que conforman un saldo a su favor del que puede disponer de forma inmediata, parcial o totalmente. A través de la cuenta bancaria, se posibilita movilizar y operar al cliente para efectuar operaciones muy diversas: percibir ingresos directos de terceros, mediante cheques u otros efectos cambiarios, efectuar transferencias, domiciliación de recibos, traspasos, etc. Se negocian por un periodo temporal indefinido y sin límites cuantitativos.

Pues bien, resulta meridianamente claro que **la Ley 57/1968 cuando se refiere al deber de vigilancia que deben desplegar las entidades bancarias en relación con las promotoras, parte de la premisa incondicional de la apertura de una “cuenta bancaria especial”, y no meramente disponer de una cuenta bancaria.**

La diferencia entre una mera cuenta bancaria y la denominada “cuenta especial”, radica en que en ésta última se ingresan de forma exclusiva aquellos importes que en concepto de anticipo se van efectuando por los compradores de la promoción.

La Jurisprudencia emanada a este respecto, exime a las entidades bancarias de las obligaciones de vigilancia advertidas en la Ley 57/1968, cuando la relación comercial que subyace es la consistente en una “mera cuenta bancaria”.

Concretamente, la responsabilidad, aunque legal, no puede entenderse que sea objetiva o automática. En efecto, el hecho de que el Tribunal Supremo haya eximido del requisito de una cuenta especial y restringida no exime al demandante de la prueba de la culpa de la entidad financiera, que en estos casos se traduce en **demostrar que los anticipos fueron efectivamente ingresados en una cuenta titularidad de la promotora abierta en la entidad bancaria, y que ésta conocía, al recibir la supuesta transferencia, que el destino de dicha operación era para el pago de cantidades a cuenta del precio de la compra de vivienda.**

Debe citarse a este respecto la **Sentencia nº 89/2017 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Torrent, de fecha 17 de mayo de 2017 (FIRME)**, dictada en un procedimiento de similares características al presente, y que concluyendo desestimando la demanda con base en, entre otros, los siguientes argumentos:

*“Se trata de la propia Sentencia del Tribunal Supremo traída por la demandante en el inicio de su demanda. La obligación de apertura de cuenta especial y separada en la que debe ingresarse el dinero de los compradores de vivienda, corresponde a la Promotora, quien a su elección designará Banco o Caja de Ahorros y entonces es esta entidad la que debe exigir la constitución de garantía. Pero en este caso no hay cuenta separada ni especial ni la entidad bancaria que debe abrirla, las entidades demandadas simplemente realizan descuentos de las letras de cambio que acepta la demandante, por lo tanto únicamente cabría exigirles “culpa in vigilando”: conocer o que debían conocer el destino de los ingresos. **Pero así como en la sentencia del Tribunal Supremo mencionada hay circunstancias que permiten atribuir esta culpa in vigilando (la entidad de crédito le concede el préstamo para la construcción y además en los ingresos se hacía constar el***

concepto de “pago a cuenta del precio de apartamento adquirido en plano”). Esto no ocurre en este caso, porque no se señala ninguna circunstancia por la que podía ser conocida la finalidad de los ingresos que se realizaban”.

O las Sentencia nº 94/2017 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de La Carolina, de fecha 17 de julio de 2017, y Sentencia del Tribunal Supremo 780/2015, de 30 de abril, rec. 520/2013 (RJ 2015/2017) previamente extractadas.

Pero ya no solo es que la parte demandante, hasta el momento y sin perjuicio de la fase probatoria, no haya demostrado que BANCO ██████ Conocía los hechos objeto de *litis*, sino que de la documentación aportada no se aprecia el conocimiento que la entidad pudiera tener de esos anticipos, que se encuentran carentes incluso de concepto.

SEXTO.- DE LA INAPLICACIÓN DE LA LEY 57/1968 A LOS ADQUIRIENTES DE VIVIENDAS QUE NO ACTÚAN COMO CONSUMIDORES.

Tal y como se ha expuesto en sede fáctica, la compraventa de viviendas celebradas por quienes no actúen como consumidores o realizadas con fines especulativos no está protegida por la Ley 57/1968, conforme a nuestra pacífica jurisprudencia.

Así lo establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 360/2016, de 1 de junio de 2016, que al respecto de esta cuestión señala:

“3.ª) Pues bien, la interpretación de la Ley 57/1968 en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes, como el aquí recurrente, son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no debe quedar alterada por la referencia a «toda clase de viviendas» en la d. adicional 1.ª de la LOE, pues esta referencia ha de entenderse hecha tanto a las formas de promoción, para comprender así las que «se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa», sin necesidad de ninguna otra norma especial que así lo disponga, cuanto al régimen de las viviendas, para comprender así no solo las libres sino también las protegidas, sin necesidad tampoco de ninguna norma especial. En definitiva, la expresión «toda clase de viviendas» elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compran, pero no puede equipararse a «toda clase de compradores» para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores, pues entonces no se entendería la razón de que el art. 7 de la Ley 57/1968 atribuya «el carácter de irrenunciables» a los derechos que la propia Ley 57/1968 otorga a los compradores («cesionarios»).”

Asimismo, ya se ha expuesto que, en virtud del art. 217 de la LEC, la carga de la prueba de acreditar que los hechos litigiosos cumplen los requisitos para que sea aplicable la protección

de la Ley 57/1968 le corresponde a la propia parte actora, como establece la **Sentencia del Juzgado de 1ª instancia nº 17 de Málaga, nº 213/2016, de 20 de octubre de 2016:**

“Por tanto la anterior sentencia, que establece la doctrina jurisprudencial para este tipo de asuntos, deja bien claro que la ley 57/68 ampara a todo aquel comprador (sea o no consumidor) que adquiere una vivienda como residencia pero en ningún caso protege a aquel que adquiere o compra un inmueble como inversión y para negociar con él.

*En el presente asunto resulta que los hoy actores adquieren el mismo día dos suites en la misma promoción en la misma planta y en el mismo bloque (pero no contiguas, o al menos no se acredita); es evidente que el propósito de los mismos no era la residencia. O, habiéndose alegado tal falta de condición por las codemandadas, no se ha acreditado que los actores fueran a destinar estos inmuebles a residencia. **Corresponde a los que impetran la protección de la Ley 57/68 el alegar primero y el acreditar, después que entran dentro del ámbito de la misma; bien es cierto que en los casos de compra de una vivienda las presunciones pueden jugar a favor del adquirente pero en los casos en los que se adquieren varios inmuebles el actor debe de desplegar una actividad probatoria adecuada para acreditar que las fincas compradas se van a destinar a residir, cosa que en el presente supuesto no se ha realizado.** Por todo ello, no siendo de aplicación la Ley 57/68 en la que se fundamenta la acción ejercitada, debe de desestimarse íntegramente la demanda”.*

Por tanto, en el presente procedimiento no puede pretenderse la responsabilidad de mi mandante al amparo de la Ley 57/1968, puesto que no se ha acreditado que la compraventa de la vivienda litigiosa fue concertada por la parte actora con fines residenciales, entendiéndose que dicha falta de alusión responde claramente a la finalidad inversora o especulativa de la vivienda.

SÉPTIMO.- DE LA SOLICITUD DE PERCEPCIÓN DE INTERESES DESDE LA REALIZACIÓN DEL PAGO.

La parte demandante solicita que la condena al abono de las cantidades lleve aparejada la obligación de pago de intereses legales desde la fecha de cargo en cuenta de cada pago.

Expuesto lo anterior, en este punto aplica lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 57/1968, si bien es preciso recordar que la citada Ley 57/1968 fue modificada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, que en su apartado 4 establece que el interés aplicable para la devolución de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas será el interés legal del dinero.

Asimismo debemos oponernos, habida cuenta de que la obligación específica de intereses regulada en el artículo 1 de la Ley 57/1968, con la matización del interés legal introducida por la Disposición Adicional Primera de la LOE de 1999 a la que nos hemos referido anteriormente, se refiere exclusivamente a la obligación de restitución de *“las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas”*. Es significativo que aparezca en el párrafo primero del precepto pero no específica para el segundo que es el que regula la responsabilidad de las entidades bancarias.

A este respecto, debemos manifestar que, de estimarse esta petición, **esta parte se vería en una grave indefensión puesto que no sabría cómo calcular dichos intereses** puesto que, como ya se ha venido destacando a lo largo de todo el escrito, no se corresponde la cantidad reclamada con ningún importe fijado en el contrato o abonado. Por lo tanto **¿desde qué fecha se deberían calcular los importes? ¿Qué importes se deberían tomar como referencia?**

Además de lo anterior, es indiscutible, según la Jurisprudencia, que la responsabilidad que el apartado segundo impone a las entidades financieras es distinta, autónoma e independiente de la anterior, ya que es una responsabilidad “*ex lege*” y, por tanto, tiene su propio régimen jurídico. De manera que, si para esta obligación nacida de responsabilidad legal no se establece un régimen específico, propio y singular, como ocurre en el párrafo primero, debemos aplicar el régimen general de imposición de intereses previsto para las obligaciones en el artículo 1108 CCC; es decir, la necesidad de incurrir en mora para el nacimiento de la obligación de intereses y, por tanto, de que haya habido requerimiento infructuoso.

La debida reclamación contra mi representada data del 12 de FEBRERO de 2019, de manera que los intereses moratorios deben, en todo caso, reconocerse desde esta fecha y no con anterioridad. Aunque, como se desarrollará en el siguiente fundamento, debido al evidente retraso desleal, los actores no pueden percibir ni un solo euro en concepto de intereses.

La anterior postura expresada es la que mantienen algunas Audiencias Provinciales. En primer lugar, cabe traer a colación la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) Sentencia núm. 195/2015, de 8 mayo (JUR\2015\179090)**, que establece que:

*“La condena al pago de tales intereses se ajusta a lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo transcrita, dado que **se trata de una póliza de seguro de la Ley 57/1968** ambas clases de intereses tienen diferente naturaleza y normativa reguladora y la mora de la aseguradora no tiene causa justificada o que no le sea imputable, ni concurre razonabilidad en la oposición a la vista de los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo tantas veces mencionada”.*

*La aplicación de la anterior doctrina y jurisprudencia lleva a la conclusión de estimar parcialmente el recurso, **en el sentido fijado por nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 7 de mayo de 2014, en virtud de la cual el interés legal sobre las aportaciones realizadas debe calcularse desde la fecha en que se requirió de pago al garante legal**, manteniendo la condena atinente a los intereses del artículo 20 de la LCS, en los términos reseñados”.*

La postura expresada es la que vienen manteniendo algunas Audiencias Provinciales, citamos la **AP de Burgos, Sección 2ª Sentencia nº 289/2012, de 25 de octubre, rec: 267/2012, o Sentencia de la AP de Cuenca de 31 de marzo de 2015 (EDJ 2015/51524).**

OCTAVO.- DEL RETRASO DESLEAL COMETIDO POR LA ACTORA.

Por último, debe ponerse de relieve el evidente y temerario retraso desleal que media en la actuación de la parte actora puesto que el contrato data de nada menos que de febrero de 2007, es decir, que ha demandado hace nada menos que DOCE AÑOS después de la suscripción del contrato.

A este respecto, cabe destacar que la jurisprudencia **ha venido equiparando el transcurso pacífico de un largo periodo de tiempo con la mala fe del reclamante**. Así, el **Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de octubre de 2007** (RJ 2007\6469), ha llegado a rechazar la pretensión de la parte demandante sobre la base de ese prolongado silencio:

“El transcurso pacífico de tan largo período de tiempo (...), sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio pues no otra cosa exige la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe. (...)

Actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar a otro (prohibición de ir contra los actos propios) y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el artículo 7.1 del Código Civil”.

Es incuestionable que, en el presente supuesto, la parte actora ha omitido el ejercicio del derecho durante un largo periodo de tiempo. **No ha sido hasta nada menos que DOCE AÑOS desde que la actora suscribió –en teoría– el contrato de compraventa.**

Si bien es cierto que el silencio prolongado de la parte actora no es un óbice, por sí solo, para la pretensión de la demanda, sí que debe tomar relevancia en el ámbito de la obligación del pago de los intereses legales de las cantidades reclamadas. **La conducta omisiva de la parte actora, equiparable a la mala fe, debe implicar el rechazo a la pretensión de abonar los intereses legales de las cantidades reclamadas, para el caso de que estimase que procede el abono de alguno de los pagos realizados.** Pues en caso de negarse lo contrario, a lo que estarían contribuyendo los tribunales es que los letrados contrarios hagan un ilícito negocio esperando varios años a interponer las demandas y consiguiendo unos intereses notablemente mejores que un depósito a plazo fijo.

En este sentido, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1ª), de 26 de abril de 2016,** (JUR 2016\173321) ha atemperado la obligación de pago de los intereses legales como consecuencia de un retraso en la reclamación:

“Por ello esta Sala considera que sí ha concurrido cierto retraso desleal al ejercitar la acción y si bien ello no comporta el rechazo de la reclamación sí su atemperación, de manera que los intereses legales del dinero comenzarán a computarse el día en que se produjo el requerimiento de pago a la demandada, el 29 de abril de 2014”.

Sería contrario a toda equidad que el Banco tuviese que devolver una cantidad adicional en concepto de intereses como consecuencia de un retraso injustificado de más de DOCE AÑOS. Conducta de gran dejadez que no puede imputarse a mi mandante.

DÉCIMO.- COSTAS.

En todo caso, procede la imposición de las costas procesales del presente procedimiento a la parte demandante en virtud del artículo 394 LEC.

En virtud de lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que lo acompañan y copias prevenidas, se sirva admitirlo, tenerme por comparecido y parte en la representación que ostento y acredito de la mercantil [REDACTED] y mandar que se entiendan conmigo las sucesivas diligencias y, en su virtud, tenga por **CONTESTADA** en tiempo y forma la demanda formulada por la representación procesal de D [REDACTED] dando a los autos el curso ordenado en la Ley y, en su día, previos los trámites que procedan, dicte sentencia por la que desestimándola íntegramente, absuelva libremente a mi representada de las pretensiones contenidas en la demanda, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

Es justicia que respetuosamente pido en Madrid, a 24 de septiembre 2019.

PRIMER OTROSÍ DIGO: Que interesa al derecho de esta parte dejar designados a los efectos probatorios oportunos los archivos y registros de la entidad [REDACTED] S.L., de conformidad con lo dispuesto en los artículos 265.2 y 270.3 de la LEC.

SUPLICO AL JUZGADO, tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos legales pertinentes.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que esta parte deja designados los archivos y registros de todas las personas físicas y jurídicas, organismos, entidades públicas o privadas, mencionadas en el presente escrito y en la documental aportada.

SUPlico AL JUZGADO, tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos legales pertinentes.

Es justicia que reitero en lugar y fecha *ut supra*.

██████████

Letrado

██████████

Procurador

