

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065913

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 857/2021, de 10 de diciembre de 2021

Sala de lo Civil

Rec. n.º 5485/2018

SUMARIO:

Compraventa de un apartamento para fines turístico-hoteleros. Reclamación de los anticipos entregados. No es de aplicación la Ley 57/1968. El presente recurso de casación se interpone por el banco demandado, condenado en segunda instancia como avalista colectivo al pago de los anticipos efectuados por el comprador-demandante para la compra de un apartamento perteneciente a un conjunto inmobiliario en construcción que, como cada uno de sus elementos, estaba específicamente destinado a un uso turístico, reduciéndose la controversia en casación a si dicha compraventa se encuentra o no comprendida en el ámbito de protección de la Ley 57/1968 en virtud de la existencia de un acuerdo expreso de las partes compradora y vendedora en tal sentido, el cual fue determinante para que la sentencia recurrida considerase aplicables al caso las garantías de la Ley 57/1968 a los efectos de condenar al banco hoy recurrente pese a no haber constituido aval individual a favor del comprador demandante. La sala declara que la Ley 57/1968 no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales. La expresión "toda clase de viviendas" empleada en la d. adicional 1.ª de la LOE ha de entenderse en el sentido de que 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 compren, 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. La jurisprudencia sobre la inaplicabilidad de la Ley 57/1968 a compraventas con finalidad no residencial se completa con la relativa al alcance o relevancia del pacto entre las partes compradora y vendedora sobre la constitución de garantías a cargo de la segunda cuando la compra esté destinada a inversión. En este sentido, un eventual pacto entre comprador y vendedor para aplicar las garantías de la Ley 57/1968 no vincularía al banco que hubiera concertado con la promotora-vendedora una póliza colectiva únicamente para compraventas con la finalidad residencial establecida en dicha ley. Por tanto, la decisión de la sentencia recurrida de considerar aplicable en contra del banco la referida norma en virtud de acuerdo expreso de las partes, no es conforme con la jurisprudencia de esta sala. No es aplicable en favor del comprador de un inmueble para finalidad no residencial la doctrina jurisprudencial sobre la efectividad de las pólizas colectivas en ausencia de aval individual. Y como en este caso no resulta de las pólizas de contragarantía del banco recurrente ningún pacto expreso que amparase a todos los compradores de viviendas de la misma promoción ni que asumiera frente al comprador-demandante el compromiso de avalar individualmente sus anticipos conforme a lo previsto en la Ley 57/1968, la conclusión no puede ser otra que la inexistencia de responsabilidad del banco demandado. En definitiva, no tiene sentido imponer al banco demandado derechos irrenunciables del comprador cuando resulta que la razón de ser de esa imperatividad de la norma no es otra que el destino residencial de la vivienda, no el puramente comercial o de explotación.

PRECEPTOS:

Ley 57/1968(Percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas), arts. 1, 3, 7.

Ley 38/1999 (Ordenación de la edificación), arts. disp. adic. primera.

PONENTE:

Don Francisco Marin Castan.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN
Don JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG
Don ANTONIO GARCIA MARTINEZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 857/2021

Fecha de sentencia: 10/12/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5485/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 01/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga sección 5.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 5485/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 857/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 10 de diciembre de 2021.

Esta sala ha visto de casación interpuesto por la entidad demandada Banco Santander S.A. (antes Banco Popular Español S.A.), representada por el procurador D. Eduardo Codes Feijóo bajo la dirección letrada de D. Agustín Souvirón de la Macorra, contra la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2018 por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 1216/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1929/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Málaga sobre restitución de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción. Ha sido parte recurrida el demandante D. Jesús, representado por el procurador D. Alejandro Ignacio Salvador Torres bajo la dirección letrada de D. Carlos Haering Rodríguez

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

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

El 19 de diciembre de 2015 se presentó demanda interpuesta por D. Jesús contra Banco Popular Español S.A. "-entidad absorbente del Banco Pastor S.A. y Banco Andalucía S.A.-" solicitando se dictara sentencia por la que "con carácter principal se condene a la demandada a abonar a mi mandante el importe de TREINTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON TREINTA Y DOS CÉNTIMOS (34.767,32 €), más los intereses legales desde que las cantidades fueron entregadas.

"Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

Segundo.

Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Málaga, dando lugar a las actuaciones n.º 1929/2015 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas al demandante.

Tercero.

Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 9 de septiembre de 2016 desestimando la demanda sin imponer las costas a ninguna de las partes.

Cuarto.

Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la parte demandada y que se tramitó con el n.º 1216/2016 de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, esta dictó sentencia el 5 de septiembre de 2018 con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Don Jesús, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Málaga, en los autos de juicio ordinario a que dicho recurso se refiere, previa revocación de la misma, debemos:

" a) Estimar la demanda formulada en la instancia condenando a Banco Popular Español S.A. a pagar al actor la cantidad de 34.767,32 euros e interés legal desde las respectivas entregas e interés por mora procesal desde la fecha del dictado de la sentencia de instancia.

"b) Condenar a Banco Popular Español S.A. al pago de las costas causadas en la instancia.

"c) No hacer expresa condena de las costas causadas en esta alzada".

Quinto.

Contra la sentencia de segunda instancia la parte demandada-apelada (ya con su actual denominación de Banco Santander S.A.) interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional tanto en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala como en la de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, articulado en dos motivos (que se corresponden con los apartados "tercero" y "cuarto" del escrito de interposición) con los siguientes enunciados:

"TERCERO,- MOTIVO DE RECURSO QUE SE ARTICULA CONFORME AL ARTÍCULO 477.2.3º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, POR INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY 57/1968 Y DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RELATIVA A LA PROTECCIÓN EXCLUSIVA DE QUIENES COMPREN UNA VIVIENDA DESTINADA A SER DOMICILIO O RESIDENCIA FAMILIAR DE LOS PROPIOS COMPRADORES".

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

Sexto.

Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes, el recurso fue admitido por auto de 17 de marzo de 2021, a continuación de lo cual la parte demandante-recurrida presentó escrito de

oposición al recurso solicitando su desestimación por causas tanto de inadmisión como de fondo, con imposición de costas a la parte recurrente.

Séptimo.

Por providencia de 18 de noviembre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de diciembre siguiente, en que ha tenido lugar por el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

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

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1. Hechos probados o no discutidos:

1.1. Con fecha 16 de diciembre de 2003 Aifos, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias S.A. (en adelante Aifos o la promotora), suscribió con Banco Pastor S.A. (luego Banco Popular Español S.A., en adelante BP, y actualmente Banco Santander S.A., en adelante BS) una "Póliza de contraaval" por un importe máximo de 4.000.000 euros (doc. 13 de la demanda).

1.2. Con fecha 9 de junio de 2004 D. Jesús, de nacionalidad irlandesa y residente en Dublín (folio 120 de las actuaciones de primera instancia), suscribió -mediante representante- con dicha promotora un contrato privado de compraventa (doc. 2 de la demanda) que tuvo por objeto la suite en Nivel NUM000, letra NUM001, del edificio "DIRECCION000", perteneciente al "Complejo Hotelero" en construcción del conjunto residencial "DIRECCION001", sito en el término municipal de Casares (Málaga). El apartamento tenía una superficie construida aproximada de 154,10 m² "sin incluir parte proporcional en las zonas comunes".

1.3. En lo que ahora interesa, según el pliego de condiciones particulares (doc. 2 de la demanda, folio 27 de las actuaciones de primera instancia) el precio del apartamento era de 188.266,50 euros, IVA incluido, y a cuenta del mismo el comprador debía anticipar 10.500 euros (IVA incluido) en el momento de la firma del contrato, 123.165 euros (IVA incluido) en el momento de subrogarse en el préstamo hipotecario de la promotora y 54.601,50 euros mediante la aceptación de nueve efectos, uno de ellos, por importe de 6.066,86 euros, con vencimiento el 9 de septiembre de 2004, y los otros ocho efectos, cada uno por ese mismo importe y con vencimiento trimestral desde el 9 de diciembre de 2004.

1.4. En lo que ahora interesa, las condiciones generales del contrato (folios 28 a 33 de las actuaciones de primera instancia, también doc. 2 de la demanda) decían lo siguiente:

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

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

c) según la estipulación novena:

"[...]

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

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

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

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

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

d) según la estipulación duodécima, la parte compradora quedaba autorizada para ceder el contrato a favor de persona física o jurídica, si bien era condición imprescindible para ello el pago del precio íntegro a excepción del importe del préstamo, comprometiéndose la compradora mientras tanto a no cederla a terceros, ni siquiera en arrendamiento.

e) según la estipulación decimotercera:

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

1.5. El contrato de compraventa también incluía:

a) una "CLÁUSULA ADICIONAL" (doc. 16 de la demanda, folio 115 de las actuaciones de primera instancia) con un modelo o formulario de aval otorgado por Banco Pastor S.A.

b) un anexo a las condiciones particulares (doc. 17 de la demanda, folio 116 de las actuaciones de primera instancia) del siguiente tenor:

"El plazo de entrega de los avales correspondientes a las cantidades aplazadas y reconocidas mediante las letras de cambio es de 30 días una vez se hayan abonado las mismas, de tal forma que si al vencimiento de las sucesivas letras no se hubiera entregado el aval correspondiente al importe de la letra mayor, el vencimiento de las letras posteriores se entenderá prorrogado automáticamente, sin que ello suponga ningún perjuicio o gasto adicional".

1.6. En correspondencia con el calendario de pagos pactado, el comprador anticipó a la promotora un total de 34.767,32 euros, a razón de 10.500 euros el día de la firma del contrato y 24.267,32 euros entre el 9 de septiembre de 2005 y el 9 de junio de 2006 mediante cuatro letras de cambio por importe de 6.066,83 euros cada una y vencimientos trimestrales.

1.7. La promotora suscribió con el citado banco otras dos pólizas de contraaval, una con fecha 24 de octubre de 2005 y la otra el 17 de noviembre del mismo año (docs. 14 y 15 de la demanda). La promotora no entregó al comprador Sr. Carters aval individual en garantía de las cantidades anticipadas por este. No obstante, sí hizo entrega de avales individuales expedidos por Banco Pastor S.A. a otros compradores de suites de la misma promoción "Hacienda Casares" (docs. 7 a 11 de la demanda).

1.8. Transcurrido el plazo pactado sin que la obra se hubiera terminado y, por tanto, sin que el apartamento hubiera sido entregado al comprador, la promotora fue declarada en concurso, y en este procedimiento (autos 947/2009 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga) se acordó la resolución de todos los contratos referidos a la citada promoción, entre ellos el del Sr. Jesús.

2. En diciembre de 2015 el comprador demandó al banco interesando su condena a pagar la totalidad de las cantidades anticipadas a cuenta del precio del apartamento (34.767,32 euros) más intereses desde su entrega.

En síntesis, y en lo que ahora interesa, alegaba que, al no haber llegado la construcción a buen fin, el banco demandado debía responder como avalista colectivo de la totalidad de las cantidades anticipadas a la promotora más sus intereses. En la demanda nada se alegaba sobre la finalidad de la compra.

3. El banco se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que la Ley 57/1968 no era aplicable al caso por tratarse de compraventa con una finalidad no residencial, ya que en el propio contrato se decía que la suite tenía un uso hotelero; y (ii) que en todo caso no podía exigírsele responsabilidad, porque no existía prueba de que lo reclamado se correspondiera con cantidades efectivamente anticipadas a la promotora (en concreto negaba la entrega de los 10.500 euros que el comprador decía haber satisfecho en el acto de la firma) y tampoco era cierto que el banco fuera avalista, dado que las pólizas de contragarantía "no constituyen un aval a favor de terceros y no obligan al banco a emitir avales".

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, aunque sin imponer las costas a ninguna de las partes, al considerar que la Ley 57/1968 no era aplicable al caso porque del propio contenido del contrato (fundamentalmente, del apartado referido a la descripción del inmueble y de la estipulación decimotercera) resultaba que la compraventa tenía por objeto una suite integrada en un conjunto de apartamentos destinados a un uso hotelero y no a servir de residencia, ni siquiera de temporada.

5. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación el demandante alegando, en lo que ahora interesa (motivo primero del recurso de apelación), que la Ley 57/1968 sí era aplicable porque la compraventa tuvo por objeto una vivienda, porque en todo momento fue voluntad de las partes someterse a dicho régimen legal, siendo prueba de esto que diversas cláusulas mencionaran expresamente la Ley 57/1968, por más que en una sola cláusula se hiciera referencia expresa a la Ley de Ordenación del Turismo en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza, y porque al amparo de dicha Ley 57/1968 la entidad bancaria demandada había suscrito "tres avales genéricos" y expedido avales individuales a favor de otros compradores de la misma promoción.

El banco demandado se opuso al recurso alegando, en lo que ahora interesa, que del propio contrato resultaba que la compraventa tenía una finalidad "de lucro y de obtener un rendimiento", dado que su objeto era una suite que, como el resto del complejo residencial en el que se integraba, estaba destinada a un uso exclusivamente turístico.

6. La sentencia de segunda instancia, estimando el recurso de apelación del comprador, revocó la sentencia apelada y estimó íntegramente la demanda, sin imponer a ninguna de las partes las costas de la segunda instancia e imponiendo las de la primera instancia al banco demandado.

Sus razones son, en lo que ahora interesa y en síntesis, las siguientes: (i) el contrato fue resuelto por el juez del concurso sin que se hubiera entregado la vivienda ni entregado al comprador aval individual, aunque sí existía un aval general plenamente eficaz; (ii) la Ley 57/1968 era aplicable al caso porque así lo convinieron las partes compradora y vendedora al amparo del art. 1255 CC, estableciendo un "sistema tuitivo superior", "aun cuando el comprador se obligaba a mantener la suite en la categoría de Apartamento Turístico (cláusula decimotercera)"; (iii) además, según la jurisprudencia del TJUE y de esta sala y el art. 3 LDCU, el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física salvo que el comprador se dedique a este tipo de operaciones con regularidad, lo que no es caso; y (iv) por todo ello, el banco demandado debe responder frente el comprador por el total de las cantidades anticipadas "e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad".

7. Contra esta sentencia el banco demandado-apelante interpuso recurso de casación por interés casacional, articulado en dos motivos referidos a la misma cuestión de la improcedencia de aplicar la Ley 57/1968 cuando la compra tiene una finalidad de explotación turística y, por tanto, no residencial y, para el caso de considerarse existente un pacto entre comprador y vendedor para aplicar dicha ley, a la irrelevancia de este pacto frente al banco. El motivo primero se formula por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta sala sobre la no aplicación del régimen tuitivo de dicha ley a los que compran una vivienda con una finalidad no residencial, y el segundo por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, aunque solo se citan dos sentencias en sentido contrario al de la recurrida, cada una de ellas dictada por una sección diferente de la Audiencia Provincial de Málaga.

8. La parte recurrida se ha opuesto al recurso pidiendo su desestimación tanto por causas de inadmisión como por razones de fondo.

Segundo.

Los dos motivos del recurso van a ser examinados conjuntamente dada su estrecha relación entre sí.

El motivo primero se funda en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968, por haberse aplicado indebidamente a una compraventa que tuvo por objeto "un apartamento turístico específicamente destinado a su explotación", vulnerando con ello la jurisprudencia de esta sala según la cual "el ámbito tuitivo de la aplicación de la misma solo alcanza a quienes compren una vivienda con destino residencial" y no a los compradores de viviendas con una finalidad inversora, ya sea el comprador profesional o no profesional. En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que según el contrato, la suite objeto del mismo se ubicaba en un edificación de apartamentos turísticos de tercera categoría sometida expresamente a "la Ley de Ordenación del Turismo de Andalucía" de 1999 (en puridad, Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, BOE de 18 de enero de 2000, actualmente derogada pero en vigor cuando se firmó el contrato), y el conjunto tenía un uso hotelero y contaba con una única unidad explotadora que impedían al comprador explotar la suite por sí mismo; (ii) que según el art. 36 de dicha ley andaluza, los apartamentos turísticos se definen como "establecimientos destinados a prestar el servicio de alojamiento turístico que estén compuestos por un conjunto de unidades de alojamiento y que sean objeto de comercialización en común por un mismo titular", características (establecimiento, alojamiento turístico, comercialización en común) que excluyen la aplicación al caso de la Ley 57/1968 y su jurisprudencia al no tener la compraventa litigiosa por objeto una vivienda destinada a domicilio o residencia familiar, sea con carácter permanente o siquiera temporal; (iii) que pese a lo anterior, la sentencia recurrida justifica la aplicación de la Ley 57/1968 por la existencia de pacto expreso de las partes al

respecto; (iv) que dicho pacto no existió, pues el hecho de que las partes compradora y vendedora se remitieran a las causas de resolución contractual del art. 3 de dicha Ley 57/1968 "no supone que las partes se sometieran a las disposiciones de dicha Ley como forma de establecer un sistema tuitivo especial"; y (v) que aunque se aceptase la existencia de pacto, conforme al art. 1257 CC dicho pacto no afectaría a un tercero ajeno al contrato, como es el banco demandado (en este último sentido, cita -y extracta- la sentencia de esta sala 161/2018, de 21 de marzo, y las que en ella se citan).

El motivo segundo también se funda en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968, pero por interés casacional consistente en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto de la consideración de los apartamentos turísticos como inmuebles destinados a explotación (inversión) y no a una finalidad residencial. En su desarrollo se alega, en síntesis: (i) que tal y como se definió el objeto del contrato de compraventa, especialmente en su estipulación decimotercera (un apartamento turístico destinado, como el resto del conjunto, a uso hotelero, que además no podía ser explotado por el comprador sino que debía explotarse por la misma entidad explotadora del conjunto), su finalidad no era residencial sino de explotación empresarial o comercial, finalidad asimismo atribuida a los apartamentos turísticos por el Real Decreto 2877/1982, de 15 de octubre, de ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales (BOE de 9 de noviembre de 1982), vigente a nivel estatal cuando se celebró el contrato; (ii) que esa finalidad no residencial excluía la aplicación de la Ley 57/1968; y (iii) que al no entenderlo así, la sentencia recurrida no solo vulnera la jurisprudencia de esta sala citada en el motivo primero y referida la improcedencia de aplicar dicha ley a compraventas con una finalidad inversora no residencial, sino que también se aparta de lo resuelto por la misma Audiencia Provincial de Málaga en casos similares (se citan y extractan las SSAP Málaga, 4.^a, de 8 de noviembre de 2012, y 6.^a, de 24 de abril de 2013, además de un auto de la sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid).

La parte recurrida se ha opuesto a los dos motivos alegando, en síntesis: (i) que el recurso es inadmisibile en su totalidad por no ser congruente invocar simultáneamente interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta sala y por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, toda vez que si existe jurisprudencia de esta sala sobre la cuestión no sería necesario invocar la segunda modalidad, desprendiéndose de ese planteamiento que su finalidad es convertir a esta sala en una tercera instancia que valore nuevamente la prueba, lo que no es admisible; y (ii) que en todo caso el recurso debe ser desestimado por razones de fondo. El motivo primero, porque la jurisprudencia invocada no es aplicable al caso, por versar sobre la imposibilidad de condenar al banco avalista solo por el hecho de que comprador y vendedor pactaran la aplicación de la Ley 57/1968 y no sobre la verdadera razón decisoria de la sentencia recurrida, atinente a la condición de destinatario final del comprador por virtud del reconocimiento del vendedor; porque es compatible la explotación del apartamento con usarlo de residencia, siendo esta finalidad la que tuvo el demandante (usarlo para vivir); porque la finalidad no residencial no puede resultar únicamente del uso del término suite, ni de la interpretación aislada de la estipulación decimotercera; porque el banco expidió avales individuales en favor de otros compradores; y porque el comprador no era profesional del sector inmobiliario ni había comprado anteriormente otros inmuebles. Y el motivo segundo (al que por error se alude como primero), porque lo único que busca el recurrente es crear una confusión respecto de la valoración probatoria del tribunal sentenciador, porque no existe la contradicción jurisprudencial entre Audiencias Provinciales que se invoca, sino distintas respuestas en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, que son las que van a determinar el uso residencial o no de un inmueble, y porque el uso de una "cláusula de estilo" aludiendo al sometimiento del inmueble a la normativa de apartamentos turísticos "no puede negar por sí sola la aplicación de la Ley 57/68 al caso que nos ocupa".

Tercero.

No concurren los óbices de admisibilidad alegados por la parte recurrida toda vez que, según reiterada jurisprudencia, para superar el test de admisibilidad es suficiente la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados, y estos requisitos se cumplen en este caso porque, con independencia de algún defecto formal - insuficiente acreditación de la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales-, el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional, se cita como infringida la norma pertinente de la Ley 57/1968 (su art. 1, en el que se delimita el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de dicho régimen legal) y, en fin, las cuestiones jurídicas a resolver por esta sala (procedencia o no de aplicar la Ley 57/1968 al comprador de un apartamento de uso turístico-hotelero y posible relevancia frente al banco del acuerdo para su aplicación entre comprador y vendedor) están suficientemente identificados desde el respeto a los hechos probados, todo lo cual ha permitido que la parte recurrida haya podido oponerse al recurso con pleno y cabal conocimiento de esas cuestiones jurídicas.

Cuarto.

1. La aplicabilidad o no al caso de la Ley 57/1968 es una cuestión "necesariamente esencial" (sentencias 573/2021, de 26 de julio, 385/2021, de 7 de junio, 623/2020, de 19 de noviembre, 161/2018, de 21 de marzo, 33/2018, de 24 de enero, y 582/2017, de 26 de octubre), de cuya decisión dependerá la procedencia o improcedencia de resolver las demás cuestiones planteadas en casación.

Según la jurisprudencia que reiteran esas sentencias y la sentencia 460/2020, de 3 de septiembre, la Ley 57/1968 no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales.

Las razones en que se funda esta jurisprudencia las resume la citada sentencia 623/2020:

"[...] según esta jurisprudencia, tal y como precisó la sentencia 420/2016, la expresión "toda clase de viviendas" empleada en la d. adicional 1.ª de la LOE ha de entenderse en el sentido de que 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 compren, 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")."

En cuanto a los factores o indicios que pueden valorarse para apreciar la existencia de finalidad inversora, la misma sentencia 623/2020 declara que:

"La ya citada sentencia 161/2018 recuerda cómo, a la hora de apreciar la existencia de finalidad inversora, "la sentencia 360/2016 consideró ajeno al ámbito de protección de la Ley 57/1968 a un promotor inmobiliario inglés que invertía en España comprando viviendas de futura construcción en la provincia de Granada, la 420/2016 ponderó que el comprador había omitido cualquier referencia al destino de las viviendas que pretendía adquirir y la 675/2016 otorgó relevancia, entre otras razones, al hecho de que los compradores 'ni tan siquiera explicaran en su demanda para qué compraron dos viviendas de alto precio en un mismo conjunto residencial'".

En aplicación de esta jurisprudencia:

-La sentencia 573/2021 consideró que la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, había apreciado correctamente la finalidad no residencial de las compras (dos viviendas de una misma promoción) tras valorar indicios tales como que en la demanda nada se dijera sobre la finalidad residencial de las compras, que las aclaraciones ulteriores (en el acto del juicio y en conclusiones) no fueran determinantes para excluir la intención inversora y, sobre todo, que el comprador obtuviera una significativa rebaja en el precio de las viviendas, ya que este último dato, unido al hecho de que ni tan siquiera todas las cantidades anticipadas por el comprador-demandante a la promotora tuvieran correspondencia en los contratos, no hacía sino corroborar la existencia de acuerdos o pactos entre comprador y promotora que no podían ser opuestos al banco demandado. Y añadió que lo antedicho no quedaba desvirtuado por la existencia de una cláusula contractual que aludía a un "aval bancario de CaixaBank", ya que no vinculaba al banco por su condición de tercero no sometido a las normas imperativas de la Ley 57/1968.

-La sentencia 385/2021 concluyó que la Ley 57/1968 no era aplicable al comprador de dos viviendas de la misma promoción, ponderando no solo que se comprara más de una, sino la concurrencia de indicios determinantes de la finalidad inversora tales como "el silencio del comprador, que omitió cualquier referencia al destino de las viviendas que pretendía adquirir y tampoco identificó a los supuestos familiares a quienes debía servir de residencia", la distancia existente entre la localidad donde se ubicaban las viviendas (Lugo) y el lugar de residencia del comprador (Getafe) y la inclusión en los contratos de compraventa de una "cláusula que permitía al comprador ceder su posición jurídica a terceros".

-La sentencia 623/2020 consideró que el tribunal sentenciador había apreciado correctamente la finalidad inversora de la compra en atención, entre otros indicios resultantes de los hechos probados, a que los compradores "tenían su residencia habitual en otra ciudad" y a que "en el contrato de compraventa litigioso se incluyó una estipulación, fruto de la negociación individual pues no figura en los demás contratos de viviendas de la misma promoción, que les facultaba para ceder el contrato a terceros antes de escriturar, a todo lo cual se une el silencio de los demandantes, que nada aclararon en su demanda sobre el verdadero destino de la vivienda".

-La sentencia 460/2020 razonó que la sentencia recurrida había fundado correctamente su decisión de considerar inaplicable la Ley 57/1968 en atención a la existencia de "cumplida prueba de que las viviendas se compraron con una finalidad no residencial, tanto por el número de viviendas de una misma promoción como por la circunstancia de que no se indicara en ningún momento que el comprador las comprara para sus familiares", todos ellos residentes en el extranjero.

-Y la sentencia 582/2017 concluyó que la compra no tenía una finalidad residencial sino de inversión atendiendo a indicios tales como el número de viviendas (tres), la superficie de cada una, su respectivo precio (cuantitativamente importante) y su ubicación (en una ciudad distinta de la de residencia del comprador).

Por su parte la sentencia 686/2019, de 17 de diciembre, sobre una compraventa de varios apartamentos integrados en un mismo edificio de uso turístico (apartahotel), no llegó a pronunciarse sobre la cuestión ahora controvertida porque el recurso fue desestimado por concurrir causas de inadmisión.

2. Según la citada sentencia 573/2021, la jurisprudencia sobre la inaplicabilidad de la Ley 57/1968 a compraventas con finalidad no residencial se completa con la relativa al alcance o relevancia del pacto entre las partes compradora y vendedora sobre la constitución de garantías a cargo de la segunda cuando la compra esté destinada a inversión.

En este sentido, puntualiza:

"La sentencia 161/2018 recuerda que la sentencia 706/2011, de 25 de octubre, ya consideró irrelevante dicho pacto, y que la sentencia 360/2016, de 1 de junio (citada en este mismo sentido por la 33/2018, de 24 de enero), declaró:

""Lo antedicho no queda desvirtuado por la circunstancia de que esta sala, por ejemplo en la sentencia 486/2015, de 9 de septiembre, admita que el comprador no consumidor y el vendedor puedan pactar en el contrato de compraventa la obligación del vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y la sujeción de la garantía a lo establecido en la Ley 57/1968, porque en tal caso, como revela la motivación íntegra de dicha sentencia, la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/1968 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial".

"En suma, si existe pacto entre un comprador inversor y la promotora por el cual esta se obligue a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, la garantía se regirá por lo pactado y no por el régimen tuitivo de la Ley 57/1968 y su jurisprudencia, lo que implica que no sea aplicable al comprador inversor la doctrina jurisprudencial sobre la efectividad de las pólizas colectivas en ausencia de aval individual. En este sentido, la citada sentencia 161/2018 puntualizó lo siguiente:

""Lo que nunca ha declarado esta sala es que un pacto estrictamente privado entre una sociedad del sector inmobiliario y una promotora-vendedora por el que se acuerde entre ambas la aplicación de la Ley 57/1968 vincule a un banco que tiene concertada con la promotora-vendedora una póliza colectiva de aval para la promoción de que se trate, pues la jurisprudencia de esta sala sobre la efectividad de las pólizas colectivas se funda en la protección que la Ley 57/1968 dispensa a los compradores incluidos en su ámbito, no a los profesionales del sector inmobiliario ni a los particulares que compren para invertir, pues de otra forma no se comprendería por qué el art. 7 de dicha ley declare irrenunciables los derechos de los compradores"".

Esta última jurisprudencia ha sido también aplicada por las sentencias 36/2020, de 21 de enero, y 587/2020, de 10 de noviembre, en el sentido de que un eventual pacto entre comprador y vendedor para aplicar las garantías de la Ley 57/1968 no vincularía al banco que hubiera concertado con la promotora-vendedora una póliza colectiva únicamente para compraventas con la finalidad residencial establecida en dicha ley.

Quinto.

De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente al presente recurso se desprende que este debe ser estimado por las siguientes razones:

1.^a) Aunque la parte demandante, que nada dijo sobre la finalidad de la compra en su demanda, sí adujera en apelación que la misma tenía una finalidad residencial, la controversia sobre este aspecto concreto (finalidad residencial o no residencial de la compraventa) cesó con la sentencia recurrida y no subsiste en casación.

2.^a) Así, la sentencia recurrida, lejos de acoger la tesis del comprador-apelante de que el apartamento se compró para servir de residencia, siquiera fuese de temporada, no hizo sino ratificar la conclusión de la sentencia apelada acerca de que la compraventa litigiosa tuvo por objeto un apartamento tipo suite destinado a un uso turístico-hotelero y, por tanto, no residencial. Esta conclusión jurídica de ambas sentencias se funda en el propio contrato, de cuyo clausulado resulta que el apartamento era una suite de 154,10 m² (dimensiones que permiten asociarlo con el concepto y finalidad de una suite, según la RAE, que la define como "conjunto de dos o más habitaciones de un hotel que, comunicadas entre sí, forman una unidad para alojarse") integrada en un conjunto destinado a explotación hotelera, y que el comprador asumía la obligación de mantener la suite en disposición de ser usada con ese fin respetando la normativa turística vigente en la comunidad autónoma y la imposibilidad de usarla para disfrute personal o familiar. Además, esta conclusión sobre la finalidad no residencial de la compraventa se ajusta a la jurisprudencia antes mencionada, pues a la definición contractual del apartamento como de uso turístico se une la concurrencia de algunos de los indicios que se vienen vinculando con una finalidad inversora, tales como el silencio de la demanda sobre la finalidad de la compra o la inclusión en el contrato de una cláusula que permitía al comprador ceder su posición jurídica a terceros.

3.ª) Por tanto, lo que verdaderamente se discute en casación, dada la razón decisoria de la sentencia recurrida, es si, a pesar de esa finalidad de explotación turística, puede considerarse aplicable en contra del banco demandado la Ley 57/1968 en virtud de pacto expreso de las partes para someterse al régimen de garantías de dicha ley.

4.ª) Pues bien, la decisión de la sentencia recurrida de considerar aplicable en contra del banco la Ley 57/1968 en virtud de acuerdo expreso de las partes, no es conforme con la jurisprudencia de esta sala.

Es cierto que, aunque el banco empiece por negar la existencia misma de dicho pacto, la sentencia recurrida no puede tacharse de infundada por considerarlo existente, toda vez que la referencia a la Ley 57/1968 no se limitó a las causas de resolución previstas en su art. 3, sino que de la estipulación novena, interpretada en su conjunto, se colige que comprador y promotora pactaron que para el caso de no llegar la construcción a buen fin la devolución de los anticipos a cargo del promotor estaría garantizada por aval del banco hoy recurrente otorgado al amparo de la Ley 57/1968.

Sin embargo, lo que la sentencia recurrida no tiene en cuenta es que, en tal caso, la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/1968 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial, y que por esta razón no es aplicable en favor del comprador de un inmueble para finalidad no residencial la doctrina jurisprudencial sobre la efectividad de las pólizas colectivas en ausencia de aval individual. Y como en este caso no resulta de las pólizas de contragarantía del Banco Pastor S.A. ningún pacto expreso que amparase a todos los compradores de viviendas de la misma promoción ni que asumiera frente al comprador-demandante el compromiso de avalar individualmente sus anticipos conforme a lo previsto en la Ley 57/1968, la conclusión no puede ser otra que la inexistencia de responsabilidad del banco demandado.

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

Sexto.

Conforme al art. 487.3 LEC, procede casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación del comprador, confirmar la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento en materia de costas, dado que el banco, al no apelar, se conformó con la decisión de no imponerlas al demandante pese a desestimarse íntegramente la demanda.

Séptimo.

Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dada su estimación.

Y conforme con el art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer al demandante las costas de la segunda instancia, dado que su recurso de apelación tenía que haber sido desestimado. En consecuencia, la confirmación de la sentencia de primera instancia en su integridad incluye la no imposición de las costas de la primera instancia a ninguna de las partes.

Octavo.

Conforme a la d. adicional 15.ª. 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente el depósito.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada Banco Santander S.A. contra la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2018 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga en el recurso de apelación n.º 1216/2016.

2.º- Casar la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

4.º- Imponer al demandante-apelante las costas de la segunda instancia.

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

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.