



Roj: **STS 3756/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3756**

Id Cendoj: **28079110012017100551**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2017**

Nº de Recurso: **1328/2015**

Nº de Resolución: **582/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En Madrid, a 26 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Armando , representado por la procuradora D.ª Andrea de Dorremocha Guiot bajo la dirección letrada de D. José Manuel Tamargo García, contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en el recurso de apelación n.º 3013/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 548/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Donostia/San Sebastián sobre reclamación de cantidad fundada en la Ley 57/1968. Ha sido parte recurrida la entidad demandada Banco Sabadell S.A., representada por la procuradora D.ª Blanca María Grande Pesquero bajo la dirección letrada de D. Patxi López de Tejada Flores.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marin Castan**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 31 de mayo de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Armando contra Banco Sabadell S.A. solicitando se dictara sentencia «por la que se condene a la misma a abonar a DON Armando la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO EUROS CON NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (241.758,94 EUROS), incrementada con el interés del 6% desde la fecha de los diversos pagos efectuados por el actor; así como al pago de las costas causadas».

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Donostia/San Sebastián, dando lugar a las actuaciones n.º 548/2013 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda planteando las excepciones de falta de legitimación pasiva y de prescripción de la acción ejercitada, oponiéndose también en cuanto al fondo y solicitando su íntegra desestimación con imposición de costas al demandante.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 14 de octubre de 2014 desestimando la demanda con condena en costas al demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la demandada y que se tramitó con el n.º 3013/2015 de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa , esta dictó sentencia el 16 de febrero de 2015 con el siguiente fallo:

«Estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación de D. Armando contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 4 de San Sebastian de fecha 14 de octubre de 2014 y ; debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida de conformidad con los razonamientos de la presente resolución , con imposición de las costas de la instancia al actor y sin pronunciamiento en costas en la alzada».

Por auto de 23 de marzo de 2015 se acordó no haber lugar a la aclaración de sentencia solicitada por el demandante-apelante que alegaba insuficiente motivación de la sentencia.



**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por existencia de interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, fundado en dos motivos con las siguientes formulaciones:

«PRIMER MOTIVO: Infracción de la doctrina jurisprudencial, a la que se opone la sentencia recurrida, conforme a la cual de acuerdo con el art. 2 de la Ley 57/1968 es obligación exclusiva del promotor el ingreso en cuenta especial de las cantidades anticipadas por lo que no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución al ingreso de las mismas en cuenta especial, conforme sientan entre otras las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremos de fecha 16 de enero de 2.015 (RJ/2015/278 ) y la de fecha 13 de enero de 2.015 (RJ/2025/352).

»SEGUNDO MOTIVO: Infracción de lo dispuesto por el art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio , y de la jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla, como, entre otras, de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1.983 (RJ 1983/3450 ) y de 13 de enero de 2.015 (RJ/2025/352)».

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 17 de mayo de 2017, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la íntegra desestimación del recurso con imposición de costas al recurrente.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 17 de octubre 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 siguiente día 25, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso de casación se plantea si la entidad de crédito demandada debe responder con arreglo a la Ley 57/1968 frente al comprador de varias viviendas en construcción de la misma promoción (inicialmente 3 viviendas, luego sustituidas por 2) respecto de la totalidad de las cantidades anticipadas e ingresadas por este en cuentas abiertas por la promotora-vendedora en dicha entidad.

Son datos relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1.º) Con fecha 27 de septiembre y 21 de octubre de 2005 la promotora Provasna S.L. y el hoy recurrente, D. Armando , suscribieron tres precontratos (aportados como anexos C, D y E de la demanda) y posteriormente, el 9 de enero de 2006, tres contratos privados de compraventa de sendas viviendas en construcción (anexos F,G y H de la demanda, correspondientes a los inmuebles identificados en los precontratos D, E y C, como portales NUM000 , NUM001 y NUM002 , respectivamente), pertenecientes a la promoción «Condominio de Vispieres» que la referida promotora iba a construir en el término municipal de Santillana del Mar (Cantabria). Cada una de las tres viviendas tenía una superficie de 376,81 m2 construidos.

2.º) Ni los precontratos ni los contratos de compraventa contenían mención o remisión alguna a la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968).

3.º) En los tres precontratos se pactó la entrega de una cantidad en concepto de reserva, que se abonó por la parte compradora en el acto de la firma de los mismos, así como que el resto del precio (fijado en 386.363,11 euros para la vivienda portal NUM002 y en 375.663,11 euros más 7% IVA para cada una de las otras dos) se pagaría, una parte, mediante pagos mensuales (por importe de 3.622,15 euros cada uno en el caso de la vivienda portal NUM002 y por importe de 3.521,84 euros cada uno para las otras dos), y la restante (54.163,05 euros más IVA en el caso del portal NUM002 y 52.663,44 euros más IVA en el de las otras dos) en el momento de la entrega de llaves y otorgamiento de escritura pública.

4.º) En consecuencia, al firmarse los contratos privados de compraventa las partes dejaron constancia de las cantidades ya abonadas por el comprador (36.108,70 euros por la vivienda portal NUM002 y 35.108,70 euros por cada una de las viviendas portales NUM000 y NUM001 ).

5.º) En los contratos de compraventa se pactó (estipulación 4.º) que los pagos mensuales aplazados se ingresarían por la parte compradora en la cuenta abierta por la promotora en el «Banco Sabadell Atlántico» con el n.º 00815455810001340937.

Esta entidad bancaria tenía relación comercial con la promotora al ser la encargada de financiar la adquisición del suelo y la construcción. En este sentido, consta probado que con fecha 21 de octubre de 2005 suscribió una «Póliza para operaciones bancarias», como línea de avales (doc. 79 de la demanda), y que con fecha 23 de noviembre de 2005 concedió a la promotora un préstamo con garantía hipotecaria (objeto de ampliación



y novación modificativa el 17 de enero de 2006). En estos documentos se refleja que Provasna S.L. era titular de dos cuentas en el Banco de Sabadell (la n.º 00815095290001059109, de la oficina de Bilbao, oficina de empresas, indicada como «especial» en la cláusula «Primera bis» de la escritura de ampliación, y la n.º 00815288600001002305) diferentes de la indicada en los contratos de compraventa.

En las facturas aportadas con la demanda y la documentación aportada por la entidad bancaria (escritos de 4 de febrero y 21 de febrero de 2014, como diligencias finales), consta el ingreso de cantidades por parte del comprador de manera indistinta en cada una de las referidas cuentas (en concreto, en la cuenta designada en los contratos de compraventa consta que se hicieron 12 ingresos de 3.521,84 euros cada uno, folios 179 y siguientes).

6.º) En febrero de 2007, a propuesta de la promotora, se acordó cambiar las tres viviendas objeto de compraventa por otras dos de la misma promoción (n.º 9 y n.º 10). Para formalizar este cambio, el comprador renunció a las anteriores (anexos 54 a 56 de la demanda) y suscribió con fecha 1 de marzo de 2007 los dos contratos privados de compraventa correspondientes a estas otras viviendas (anexos 58 y 59). Simultáneamente, se le hizo entrega de la documentación acreditativa de las cantidades pagadas hasta entonces, que procedía descontar del precio, y del precio restante (anexo 57). Según esta documentación, el precio de la vivienda 9 se fijó en 332.526,29 euros más IVA, reconociéndose el pago a cuenta de 121.172,58 euros más IVA y quedando pendiente la cantidad de 226.148,47 euros que debía pagarse en el momento de la escritura, y el precio de la vivienda 10 se fijó en 287.526,29 euros más IVA, reconociéndose un pago a cuenta de 104.172,58 euros más IVA y quedando pendiente la cantidad de 226.770,36 euros que debería pagarse en el momento de escriturar.

7.º) Aunque en los contratos privados de compraventa se hizo referencia a la obligación de garantizar la devolución de los anticipos mediante aval o seguro (estipulación 5.2, *in fine*), y aunque a raíz del expediente administrativo seguido por el gobierno de Cantabria contra la promotora (anexo 80) el banco demandado sí avaló las cantidades anticipadas por otros compradores de viviendas de la misma promoción (folios 826 y 827 de las actuaciones), no consta aval emitido a favor del comprador Sr. Armando .

Al respecto, la propuesta de resolución correspondiente al referido expediente administrativo sancionador, de fecha 25 de agosto de 2006, declaró probado (folio 265 de las actuaciones de primera instancia) que, aunque constaba en el expediente la copia de la referida póliza para operaciones bancarias, «en ningún caso se ha presentado, como afirma la imputada, una póliza de aval de las cantidades que esté previsto recibir a cuenta del precio».

8.º) El comprador Sr. Armando demandó al Banco Sabadell solicitando su condena al pago de las sumas anticipadas más el 6% de intereses legales. Como fundamento invocaba el art. 1 de la Ley 57/1968, en particular su condición 2.ª, y alegaba, en síntesis, y en lo que ahora interesa: (i) que la promotora, en septiembre de 2005, se había puesto en contacto con el demandante para ofrecerle en venta las viviendas que proyectaba, y que el demandante «decidió invertir en la adquisición de tres viviendas»; (ii) que a resultas de los contratos de compraventa suscritos, el demandante había anticipado las cantidades que reclamaba, mientras que la promotora no había cumplido sus obligaciones al no hacerle entrega de las viviendas en el plazo pactado, siendo este incumplimiento el que determinó que se demandara a la promotora -juicio ordinario n.º 41/2009, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián- interesando la resolución de los contratos, si bien acabó desistiendo de dicho procedimiento tras ser declarada la promotora en concurso voluntario; (iii) que como el banco financió la compra de los terrenos mediante préstamo hipotecario y la construcción de las viviendas mediante póliza de operaciones bancarias, tuvo pleno conocimiento de la operación y de la realización de dichos pagos a cuenta; (iv) que aunque el banco sí garantizó mediante aval las aportaciones de otros compradores, después de que la promotora fuera sancionada administrativamente por el gobierno cántabro, sin embargo no constituyó ningún aval a favor del demandante, y (v) que, consecuentemente, la entidad bancaria había incurrido en responsabilidad frente al demandante.

9.º) La entidad bancaria demandada se opuso a la demanda alegando, en lo que ahora interesa y en síntesis: (i) que carecía de legitimación pasiva por no ser parte en los contratos de compraventa y haberse limitado a prestar dinero a la promotora; (ii) que no podía apreciarse respecto de ella responsabilidad contractual alguna ni cabía hacerla responsable por culpa extracontractual, dado que la acción habría prescrito; (iii) que los contratos no contenían mención alguna a la Ley 57/1968 ni, por tanto, a la necesidad de hacer entrega de aval o seguro en garantía de los anticipos, y (iv) que en todo caso, y a diferencia de otros compradores cuyos anticipos sí se habían ingresado en la cuenta especial abierta por la promotora en dicha entidad bancaria, en el caso del demandante no fue así porque consintió y toleró que la promotora no le hiciera entrega de aval o seguro en garantía de aquellos y porque, pese a tal omisión, no instó frente a la promotora la resolución de los contratos y ni tan siquiera se personó como acreedor en el concurso de esta.



En el acto de la vista y en trámite de conclusiones también alegó que las compras fueron netamente especulativas, dado que se compraron tres viviendas y se permutaron después por dos, que la intención del comprador (según había reconocido la promotora al contestar a la demanda de resolución) era vender antes de escriturar y, en fin, que esa finalidad especulativa explicaba tanto que comprador y promotora pactaran la no entrega de avales como que no comunicaran a la entidad bancaria la necesidad de abrir una cuenta especial.

10.º) La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Sus razones fueron resumidamente las siguientes: (i) que de la prueba practicada resultaban indicios (número de viviendas adquiridas, sus dimensiones y el hecho de que se adquirieran tres y sin motivo justificado se sustituyeran más tarde por otras dos) de que la finalidad de la compra de las viviendas por parte del demandante no fue la de «constituir lo adquirido como morada individual o familiar», requisito este último que debió probar el demandante, y (ii) que por ello, tal y como había alegado la demandada, no era aplicable la Ley 57/1968.

11.º) La sentencia de segunda instancia, diciendo estimar parcialmente el recurso de apelación del demandante, confirmó sin embargo el fallo de la sentencia apelada. Sus razones son: (i) que la Ley 57/1968 impone al promotor la obligación de garantizar la devolución de los anticipos mediante aval o seguro, tratándose de una obligación esencial y de un derecho irrenunciable del comprador; (ii) que la razón decisoria de la sentencia apelada estuvo en la inaplicabilidad de dicha normativa por no tratarse de viviendas destinadas a domicilio del comprador, razonamiento que obvia que la entidad demandada introdujo este hecho en el debate de forma extemporánea (en su contestación solo opuso que era ajena a las compraventas y al deber de garantizar los anticipos, por incumbir este al promotor, y que ningún aval había otorgado ni abierto cuenta especial, siendo luego en la vista y el trámite de alegaciones cuando hizo referencia a que el comprador no tenía la condición de consumidor), incurriendo así en una *mutatio libelli*, lo que determina la estimación del primer motivo del recurso de apelación en el que se alegaba incongruencia; (iii) que en todo caso corresponde al demandante probar que concurren los requisitos del art. 1 de la Ley 57/1968, entre ellos la existencia de aval, y que los ingresos se hicieron en la cuenta especial, lo que no hizo, y (iv) que en atención a la expresión «bajo su responsabilidad» de la condición 2.ª del art. 1 de la Ley 57/1968, que no contempla una responsabilidad objetiva que sitúe al banco en la posición de avalista o asegurador sino una responsabilidad directa por aceptar ingresos en cuenta especial sin exigir al promotor la constitución de las debidas garantías de devolución, en este caso no concurren los requisitos necesarios para su aplicación ya que, aunque conste probado que el banco fue conocedor los ingresos del comprador en cuentas abiertas a nombre de la promotora, así como que esta no garantizó su devolución, en ningún caso se trató de la cuenta especial a que se refiere la norma.

12.º) Contra esta sentencia recurre en casación el comprador demandante por existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala.

**SEGUNDO.-** El recurso se articula en dos motivos estrechamente relacionados.

El motivo primero se funda en infracción del art. 2 de la Ley 57/1968 y la jurisprudencia que lo interpreta, por no haber tenido en cuenta la sentencia recurrida que la obligación de abrir cuenta especial incumbe al promotor y que no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas a que se ingresen en una cuenta especial.

Se argumenta, en síntesis: (i) que la doctrina jurisprudencial (se citan y extractan las sentencias 640/2013, de 25 de octubre, 778/2014, de 20 de enero, 218/2014, de 7 de mayo, 817/2004, de 19 de julio, y la de 13 de enero de 2015) ha declarado que, conforme a la Ley 57/1968, la única obligación del comprador es la de pagar las cantidades anticipadas, siendo obligación del promotor la de abrir cuenta especial e ingresarlas en ella, de tal modo que no se puede penalizar al comprador por el incumplimiento de una obligación (la de abrir cuenta especial) que no le incumbe; (ii) que la sentencia de esta sala de 16 de enero de 2015 recoge esa misma doctrina en relación con el último inciso del art. 1.2 de la Ley 57/1968, en cuanto a la responsabilidad legal de la entidad financiera a través de la cual la promotora percibe los anticipos de los compradores (no a la que financia la promoción), pues incurre en dicha responsabilidad por el solo hecho de recibir dichas cantidades anticipadas y no exigir al promotor que cumpla con sus obligaciones de abrir cuenta especial y constituir las debidas garantías de devolución, aval o seguro; (iii) que la sentencia recurrida se opone a esta doctrina porque, pese a admitir que el comprador ingresó cantidades a cuenta del precio en la cuenta que en el contrato se indicaba como de titularidad de la promotora en dicha entidad bancaria, se funda en la falta de prueba de que se tratara de una cuenta especial, «sin más explicaciones» en cuanto a por qué no podía atribuirse dicha condición a las cuentas en que se hicieron los ingresos, lo que supone trasladar a la parte compradora las consecuencias del incumplimiento de una obligación que no le incumbía, y (iv) que procede estimar la demanda en su integridad, pues lo único que impidió declarar responsable al banco demandado fue el argumento de que la cuenta no era especial, concurriendo en cambio los demás requisitos que fundan su responsabilidad con arreglo a la Ley 57/1968, al ser conocedor de los ingresos y no exigir que se constituyeran las debidas garantías de devolución.



El motivo segundo se funda en infracción del art. 1 de la Ley 57/1968 (en realidad, art. 1.2.<sup>a</sup>) y de la jurisprudencia que lo interpreta contenida, entre otras, en sentencias de 7 de junio de 1983 y 13 de enero de 2015.

Se argumenta, en síntesis: (i) que la sentencia recurrida infringe el art. 1.2 de la Ley 57/1968 por no declarar responsable al banco pese a considerar probado que tuvo conocimiento directo y continuo de todo lo relativo a la promoción, así como una participación activa en todo el proceso constructivo, tanto al inicio mediante la concesión de créditos al promotor para financiar la adquisición del solar y la ulterior edificación en el mismo como después, al comprobar en todo momento la marcha de la obra, supervisar los contratos de compraventa y percibir los anticipos de los compradores, llegando a abrir una línea de crédito para que la promotora pudiera atender los avales que hubieran de darse; (ii) que aunque la obligación de abrir una cuenta especial en la que se ingresen los anticipos y constituir las debidas garantías de devolución incumbe al promotor, también se proyecta sobre la entidad de crédito, en la medida en que esta debe velar por el cumplimiento de dichos deberes «bajo su responsabilidad», sin que la responsabilidad legal del banco se vea afectada por el hecho de que los ingresos se hagan en una cuenta ordinaria del promotor (según una sentencia de la AP de Navarra que la sentencia recurrida cita en su fundamento de derecho quinto).

La entidad bancaria demandada se ha opuesto al recurso alegando, en síntesis, en cuanto al motivo primero, que la razón decisoria de la sentencia recurrida no estuvo en que la cuenta no fuera especial, sino en que no estaba acreditado que el demandante tuviera la intención de ingresar cantidades en concepto de entregas a cuenta del precio según la Ley 57/1968, ni que los movimientos en cuentas de la promotora pudieran ser detectados por el banco como entregas a cuenta, todo lo cual pertenece al juicio de hecho; y en cuanto al motivo segundo, que por haber sido la entidad financiadora de la promoción no podía deducirse que el banco tuviera un conocimiento detallado o exhaustivo de las operaciones de compra, ni mucho menos de las especiales relaciones que existían entre la promotora y el demandante, ni de su finalidad especulativa al adquirir tres viviendas, sin que quepa cuestionar en casación la valoración probatoria.

**TERCERO.-** El recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) Si se prescindiera por completo del carácter imperativo de la Ley 57/1968 y del carácter irrenunciable que su art. 7 asigna a los derechos de los compradores, cabría plantearse la posibilidad de casar la sentencia recurrida por oponerse a la doctrina jurisprudencial de esta sala, que efectivamente se ha pronunciado en el sentido de que las entidades de crédito que admitan ingresos a cuenta de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir aval ni la apertura de una cuenta especial responden frente a estos, y también en el sentido de que la línea de avales al promotor que entregue copia del correspondiente contrato a los compradores vincula al avalista frente a los compradores aunque estos no perciban un certificado individual del aval (p.ej. sentencias 733/2015, de 21 de diciembre, 458/2017, de 18 julio, 322/2015, de 23 de septiembre, y 626/2016 de 24 de octubre).

2.<sup>a</sup>) Sin embargo, precisamente por ser imperativa la Ley 57/1968 y por el carácter irrenunciable que su art. 7 atribuye a los derechos que la misma reconoce a los compradores, esta sala no puede eludir la cuestión, necesariamente esencial, de si el recurrente se encuentra o no comprendido en el ámbito de protección de dicha ley.

Se trata de una cuestión tratada por las sentencias de ambas instancias, no coincidentes en su solución: según la sentencia de primera instancia, la Ley 57/1968 no podía ser invocada por el comprador demandante por existir indicios de que la compra no tuvo por finalidad la de constituir su domicilio en las viviendas ni tampoco la de dedicarlas a residencia de temporada, accidental o circunstancial; según la sentencia de segunda instancia, en cambio, la finalidad especulativa de la compra no se había alegado por el banco demandado hasta el «acto de la vista y en trámite de conclusiones», por lo que se trataba de una alegación extemporánea, de una cuestión nueva, constitutiva de *mutatio libelli*, y, en consecuencia, la sentencia apelada había incurrido en incongruencia.

3.<sup>a</sup>) Pues bien, lo cierto es que la controversia sobre si la finalidad especulativa de la compra se opuso o no en el momento procesal oportuno carece de sentido alguno, porque fue el propio demandante quien en su escrito de demanda alegó, en términos inequívocos, que a invitación de la promotora «decidió invertir en la adquisición de tres viviendas» (hecho segundo, párrafo primero), de modo que difícilmente la oposición del demandado fundada en ese hecho podía estar introduciendo una cuestión nueva, como sin embargo aprecia la sentencia recurrida, aunque no lo alegara en su contestación a la demanda, ya que los hechos se introducen en el proceso tanto mediante la contestación como mediante la demanda.

4.<sup>a</sup>) A lo anterior se une que la finalidad de la compra no para residencia propia sino para invertir, reconocida en la demanda, queda corroborada en atención al número de viviendas inicialmente compradas (tres), la superficie de cada una (más de 350 m<sup>2</sup>), su respectivo precio (más de 350.000 euros) y su ubicación (Santillana del Mar).



5.ª) Así las cosas, la doctrina jurisprudencial verdaderamente aplicable a este litigio es la representada por las sentencias 706/2011, de 25 de octubre, 360/2016, de 1 de junio, 420/2016, de 24 de junio, y 675/2016, de 16 de noviembre, que excluyen del ámbito de protección de la Ley 57/1968 tanto al inversor profesional como al no profesional pero que compre sobre plano o en construcción como inversión o para revender. Como puntualiza la sentencia 420/2016, dicha exclusión no queda 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, se ha considerado que 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»).

6.ª) Por último, tampoco puede desconocerse que la sentencia recurrida situaba al banco demandado en una difícil posición para poder impugnar la incongruencia apreciada en la misma con base en una *mutatio libelli*, ya que la desestimación de la demanda en el fondo, aunque por razones diferentes de las de la sentencia de primera instancia, no justificaba que el banco interpusiera recurso de casación pero, a la vez, la imposibilidad legal de interponer recurso extraordinario por infracción procesal sin interponer también recurso de casación por interés casacional (d. final 16.ª 1-2.ª LEC) le impedía plantear ante esta sala una indebida apreciación de incongruencia.

**CUARTO.-** Conforme al art. 398.1 en relación con el art. 394.1, ambos de la LEC, procede imponer las costas al recurrente, quien conforme a la d. adicional 15.ª.9 LOPJ perderá el depósito constituido.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Armando contra la sentencia dictada el 16 de febrero de 2015 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa en el recurso de apelación n.º 3013/2015. **2.º-** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º-** E imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

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

Así se acuerda y firma.