



Roj: **SAP MU 647/2020 - ECLI: ES:APMU:2020:647**

Id Cendoj: **30030370012020100104**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2020**

Nº de Recurso: **52/2020**

Nº de Resolución: **98/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LARROSA AMANTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**MURCIA**

SENTENCIA: 00098/2020

Modelo: N10250

1- UPAD CIVIL, PASEO DE GARAY Nº 3, 3ª PLANTA. 30003 MURCIA

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

**Teléfono:** 968229180 **Fax:** 968229184

**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MPG

**N.I.G.** 30030 42 1 2017 0013394

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000052 /2020**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 13 de MURCIA

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000771 /2017

Recurrente: BANCO SANTANDER SA

Procurador: FRANCISCO JAVIER BERENGUER LOPEZ

Abogado:

Recurrido: Jon , Genoveva

Procurador: IBAN MANUEL HERNANDEZ SANCHEZ, IBAN MANUEL HERNANDEZ SANCHEZ

Abogado: SARA LLORCA DEFIOR, SARA LLORCA DEFIOR

**SENTENCIA Nº 98/20**

Illtmos. Sres.

D. Miguel Ángel Larrosa Amante

**Presidente**

D. Fernando López del Amo González

D. Cayetano Blasco Ramón

**Magistrados**

En la ciudad de Murcia, a 20 de abril de 2020



La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia integrada por los Iltmos. Sres. expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario nº 771/17 -Rollo nº 52/20 -, que en primera instancia se han seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia, entre las partes: como actor D. Jon y D<sup>a</sup> Genoveva , representado por el/la Procurador/a D. Ibán Manuel Hernández Sánchez y dirigido por el Letrado D<sup>a</sup> Sara Llorca Defior, y como demandado Banco de Santander SA, representado por el/la Procurador/a D. Francisco Javier Berenguer López y dirigido por el Letrado D. Tomás Prieto-Castán Rosen. En esta alzada actúan como apelante Banco de Santander SA y como apelado D. Jon y D<sup>a</sup> Genoveva .

Siendo Ponente el Iltmo. Sr. Don Miguel Ángel Larrosa Amante, que expresa la convicción del Tribunal.

## HECHOS

**Primero:** Por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia en los referidos autos de Juicio Ordinario nº 771/17, se dictó sentencia con fecha 8 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " *Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de D. Jon y D<sup>ña</sup>. Genoveva contra BANCO POPULAR SA (sucedida por BANCO SANTANDER SA) y BANCO SANTANDER SA:*

*1º. Declaro la responsabilidad de las entidades financieras demandadas ante el incumplimiento de los deberes que legalmente le imponía la Ley 57/1968, artículo 1 , por falta de solicitud de aval o seguro a la entidad Grupo Nicolás Mateos para la apertura de las cuentas corrientes especiales en dichas entidades.*

*2º Condono a Banco Santander a abonar al Sr. Jon la cantidad de cuatro mil quinientos euros (4.500 €), correspondiente a la entrega a cuenta de su futura vivienda ingresada por el mismo en la cuenta corriente nº NUM000 abierta en dicha entidad por la mercantil Grupo Nicolás Mateos.*

*3º Condono a Banco Santander a abonar a la Sra. Genoveva la cantidad de cuatro mil quinientos euros (4.500 €), correspondiente a la entrega a cuenta de su futura vivienda ingresada por la misma en la cuenta corriente nº NUM000 abierta en dicha entidad por la mercantil Grupo Nicolás Mateos.*

*3º Condono a Banco Popular a abonar al Sr. Jon el importe de diez mil trescientos ochenta euros (10.380 €), cuantía a la que asciende el ingreso realizado por el mismo en la cuenta corriente número NUM001 , que la sociedad Grupo Nicolás Mateos, S.L. tenía abierta en la entidad demandada.*

*4º Condono a Banco Popular a abonar a la Sra. Genoveva el importe de once mil trescientos setenta euros (11.370 €), cuantía a la que asciende el ingreso realizado por la misma en la cuenta corriente número NUM001 , que la sociedad Grupo Nicolás Mateos, S.L. tenía abierta en la entidad demandada.*

*5º Condono a sendas entidades de abonar a los demandantes los intereses legales correspondientes a dichas cantidades desde la fecha de las aportaciones hasta la fecha de su efectivo pago, cuantía que se determinará en ejecución de sentencia.*

*Se condena a las demandadas al pago de las costas procesales".*

**Segundo:** Contra dicha sentencia, se interpuso recurso de apelación por Banco de Santander SA exponiendo por escrito y dentro del plazo legal, la argumentación que le sirve de sustento. Del escrito de interposición del recurso se dio traslado a D. Jon y D<sup>a</sup> Genoveva , emplazándola/s por diez días para que presentara/n escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le/s resultara desfavorable, dentro de cuyo término, se presentó escrito de oposición al recurso. Seguidamente, previo emplazamiento de las partes por término de diez días, fueron remitidos los autos a este Tribunal, donde se formó el correspondiente rollo de apelación, con el nº 52/20, que ha quedado para resolución sin celebración de vista, tras señalarse para el día 20 de abril de 2020 su votación y fallo.

**Tercero:** En la tramitación de esta instancia se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero: Objeto del recurso de apelación.**

1.- Se interpone recurso de apelación por la única entidad de crédito demandada, al haber sucedido Banco de Santander a Banco Popular Español por absorción de esta última entidad, contra la sentencia que estima íntegramente la demanda.

2.- Tras resumir los hechos básicos que considera necesarios para la resolución del proceso, articula el recurso en torno a los siguientes motivos de apelación: a) imposibilidad de aplicación de la Ley 57/1968 al no estar situada las viviendas adquiridas en España; b) no condición de consumidores de los actores al haber adquirido con finalidad inversora; c) imposibilidad de aplicación de la Ley 57/1968 dado que los pagos no se realizaron



al promotor sino a un tercero como es el Grupo Nicolás Mateo SL; d) imposibilidad de control del destino de las cantidades ingresadas; e) incumplimiento previo de los actores de sus obligaciones contractuales al no abonar todas las cantidades pactadas; y f) error en el día inicial de cómputo de los intereses.

3.- Por los actores y apelado se oponen al recurso y solicitan su desestimación considerando aplicable la normativa española y, más en concreto, la Ley 57/1968, que es igualmente aplicable a viviendas situadas en el extranjero, destacando la sumisión a la ley nacional contenida en el contrato; niegan el carácter especulador o inversor de los actores; considera que la entidad de crédito sí ha tenido capacidad de control del destino de los ingresos; considera justificado la falta de pago del último de los plazos pactados dado que en junio de 2008 todavía no habían comenzado las obras; y finalmente entiende que el pago de los intereses está ajustado a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo.

### **Segundo: Hechos probados**

4.- Con carácter previo a resolver sobre los diversos motivos de apelación es preciso señalar como probados los siguientes hechos partiendo de la valoración conjunta de la prueba, en especial la documental aportada por ambas partes y la personal practicada en el acto del juicio celebrado:

a.- Con fecha 1 de agosto de 2006 se suscribieron en la ciudad de Murcia sendos contratos de reserva de inmueble en construcción entre la sociedad brasileña Lagoa Do Coelho Empreendimentos Turísticos Ltda (Lagoa en adelante), con domicilio social en Natal, Estado de Rio Grande do Norte (Brasil), representada por la sociedad española Grupo Nicolás Mateos SL (GNM, en adelante), como vendedora, y los demandantes D. Jon y D<sup>a</sup> Genoveva (documentos 1 y 2 de la demanda).

b.- Dichas reservas se realizaron en relación a la promoción denominada "Lagoa do Coelho Resort" que la vendedora estaba promoviendo y sería construido en terrenos de su propiedad en el municipio de Touros, Natal, Estado de Rio Grande de Norte (Brasil). Dichas reservas correspondían a los apartamentos nº 23, tipo B del edificio 14, con precio final de 99.200 € (documento nº 1) y el nº 335, tipo A, del edificio 14, con precio final de 105.800 € (documento nº 2).

c.- En ambos documentos se hace constar el abono, por cada uno de los actores y en relación a cada una de las reservas, de la cantidad de 4.500 €, mediante sendas transferencias a la cuenta titularidad de GNM del Banco de Santander acabada en 37350 (documentos 5 y 7 de la demanda).

d.- Posteriormente, con fecha 9 de octubre de 2006, se firmaron sendos contratos privados de compraventa en la ciudad de Murcia, residencia de los compradores, sobre ambas viviendas (documentos 3 y 4 de la demanda). A los efectos que interesan a este proceso, en ambos contratos se estipulaban las siguientes cláusulas:

Ø El precio convenido, el mismo que en los contratos de reserva, se fijó su abono en las siguientes condiciones (cláusula 4ª): un primer pago de 4.500 euros abonados con el contrato de reserva; un segundo pago por importe de 10.830 € y 11.370 € (15 % del precio restante de cada una de las viviendas), realizado en el mismo mediante ingreso en la cuenta Banco Popular Español terminada en 03636; un tercer pago equivalente al 25 % del precio restante (24.800 € y 26.540 €, respectivamente) mediante la entrega de sendos pagarés; y el resto, al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Está acreditado el pago de estas cantidades (documentos 5 a 8 de la demanda), así como la emisión y revocación de los dos pagarés (documentos 10 a 13 de la demanda).

Ø Se expresaba en el contrato (cláusula 4.3) que la compradora recibiría aval bancario por las cantidades pagadas en un tiempo máximo de tres meses.

Ø Como final de las obras se preveía en el contrato el primer trimestre del año 2009, fijándose en cualquier caso como fecha límite de entrega de la propiedad el 30 de abril de 2009 (cláusula 6ª).

Ø En la cláusula 12ª se establece la posibilidad del comprador de subrogar a otra persona en su posición en el contrato.

Ø En la cláusula 18 se acordaba que el contrato quedara sometido a las leyes españolas para todas las cuestiones relacionadas con la existencia, cumplimiento, validez, ejecución e interpretación, excepto para aquellas cuestiones relacionadas con la transferencia de la propiedad, para las cuales se regiría por las leyes brasileñas.

e.- La vendedora entregó a los compradores sendos avales-garantía individuales a favor de cada uno de los actores, emitidos por la entidad italiana Albatros Invest S.p.A. (documentos 17 y 18), pero carente de eficacia al no estar esta entidad inscrita en los correspondientes registros españoles (documento nº 19 de la demanda).

f.- Los actores son propietarios de diversos inmuebles en España (bloque de documentos nº 4 aportado por Banco de Santander), sin que su actividad empresarial guarde relación alguna con el mercado inmobiliario



(interrogatorio de los actores en juicio y informe mercantil de Prevemur SL acompañado como documento nº 3 en la contestación de la demanda de Banco de Santander.

g.- El Grupo Nicolás Mateos S.L. fue declarada en concurso necesario por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Murcia (documentos 14 de la demanda; 15 y 16 de la contestación de la demanda de Banco Popular Español).

h.- La mercantil española Grupo Nicolás Mateo SL era la propietaria del 100 % del capital social de la sociedad brasileña Lagoa do Coelho Empreendimentos Turísticos Ltda que formalmente actuaba como promotora (así se desprende de los hechos probados de las sentencias de la Audiencia Nacional y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo a las que se hará referencia).

5.- Partiendo de los hechos probados señalados en el apartado anterior, procede entrar al examen de los diversos motivos del recurso de apelación interpuesto. No obstante, hay que señalar que este tribunal comparte los acertados y fundados argumentos de la sentencia apelada que no han resultado contradichos por el extenso recurso de apelación interpuesto, lo que anticipa la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, integrando sus razonamientos como parte de esta resolución, sin perjuicio de la respuesta puntual a cada uno de los motivos planteados.

6.- Igualmente es necesario señalar que sobre esta misma promoción y entidad de crédito demandada, se han dictado las siguientes sentencias: SAP Madrid (11ª), 436/16, de 24 de octubre; SAP Madrid (8ª), 73/18, de 20 de febrero; SAP Madrid (10ª), 398/18, de 13 de septiembre; SAP Madrid (21ª), 91/19, de 22 de junio; y SAP Madrid (21ª), 231/19, de 11 de junio, todas ellas condenatorias a la entidad de crédito demandada y en las que se dan respuesta a los mismos motivos que se han articulado en el presente recurso, compartiendo este tribunal plenamente los fundamentos de estas resoluciones en los que se apoyará esta sentencia para la confirmación de la resolución apelada.

7.- Finalmente, debe de indicarse que se ha seguido procedimiento penal en relación a esta inconclusa promoción urbanística contra Grupo Nicolás Mateo SL y su legal representante que terminó con sentencia de la Audiencia Nacional 21/17, de 28 de septiembre, parcialmente casada por la STS, Sala de lo Penal, 602/18, de 28 de noviembre. Se citan dichas resoluciones penales dado que algunos hechos que se toman en consideración derivan de los hechos probados de dichas resoluciones.

### **Tercero : Ámbito territorial de aplicación de la Ley 57/1968.**

8.- Comenzando por el primer motivo, en el mismo se discute la posibilidad de aplicar las previsiones de la Ley 57/1968 al entender el recurrente que al versar el contrato sobre una propiedad situada en el extranjero, en concreto, en Brasil y considerar la apelante que la citada ley española sólo sería aplicable a las compraventas sobre plano realizadas en viviendas construidas en España. Igualmente entiende que la sumisión a la normativa española que se contiene en el contrato puede ser una cláusula en fraude de ley y que no puede ser oponible a un tercero, como es la entidad de crédito apelante, que no fue parte en dicho contrato, destacando igualmente las dudas sobre la normativa aplicable que se destacan en la STS (2ª) 602/18 y el hecho de que en ninguna de las cláusulas contractuales se haya pactado de forma expresa la sumisión a las previsiones de la Ley 57/1968.

9.- Sin perjuicio de reconocer el importante esfuerzo argumentativo desarrollado en este punto por la parte apelante, debe adelantarse que no es compartido por este tribunal. La acción que se ejercita frente a la demandada es la de responsabilidad por incumplimiento de la obligación legal establecida en el apartado 2 del art. 1 de la Ley 57/1968, al no haber exigido la entidad financiera demandada a la promotora/vendedora la constitución de aval para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas en caso de frustración de la construcción. Es cierto que se trata de una vivienda situada en Brasil, siendo éste el único elemento extranjero que concurre. En este caso, los compradores son españoles, el contrato se firma en España y con una sociedad española que es propietaria de la totalidad de la empresa brasileña que desarrolla la promoción y que aparece como vendedora. Por ello, como ya se ha señalado, la cláusula 18ª contiene un pacto de sumisión expresa a la ley nacional española: "*Las partes acuerdan que el presente contrato será sometido a las leyes españolas para todas las cuestiones relacionadas con la existencia, cumplimiento, validez, ejercicio e interpretación, excepto para aquellas cuestiones relacionadas con la transferencia de la propiedad objeto del presente contrato, para las cuales se regirá por las leyes brasileñas*". Dicha remisión contractual es jurídicamente válida, en virtud de la libertad de pacto que se establece en el artículo 1.255 del Código Civil, puesto que tal estipulación no es contraria a las leyes, y como examinaremos inmediatamente, existen elementos de conexión suficientes para justificar la validez de este pacto de sumisión.

10.- En efecto, como señala la citada SAP de Madrid, Sección 11ª, núm. 436/2016 de 24 octubre, y es reiterado en las otras sentencias posteriores que se han identificado, dicho pacto debe de considerarse como conforme a las normas de conflicto españolas contenidas en el artículo 10, regla 5ª del Código Civil, "*Se aplicará a las*

*obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato". Esta norma dota de sentido a la cláusula 18ª del contrato que diferencia entre la parte obligacional, sometida a la ley española y la parte relativa a la transmisión de la propiedad, que se somete a la ley brasileña, por ser el lugar en el que radica la finca, siguiendo igualmente el criterio de conexión establecido en el segundo párrafo del artículo 10.5º CC.*

11.- A nuestro entender existen criterios evidentes de conexión de la ley española que permiten su aplicación y hace que no se pueda considerar como fraudulenta dicha sumisión a la ley aplicable. Es cierto que la promotora es brasileña y la vivienda está ubicada en dicho país. Pero la regla 5ª del artículo 10 CC solo exige la conexión entre las obligaciones y el derecho español, lo que autoriza a la aplicación del mismo a contratos con elemento extranjero. En tal sentido los elementos de conexión son indiscutibles: a) los compradores tienen **nacionalidad** española; b) el contrato se ha formalizado en España; c) las cantidades anticipadas por el comprador se depositaron en sendas cuentas de dos bancos de **nacionalidad** española como son el Banco Popular Español y el Banco de Santander; d) los ingresos en dichas entidades financieras se realizaron en cuentas abiertas en la ciudad de Murcia y no en oficinas en el extranjero. A los anteriores puntos de conexión, totalmente probados, debe de añadirse el hecho indiscutible de que la mercantil que actúa como representante de la sociedad brasileña, Grupo Nicolás Mateo SL, no sólo es una sociedad española, sin que es igualmente la propietaria única de la sociedad brasileña, por lo que aunque formalmente sean dos sociedades diferentes, es fácil colegir que la verdadera promotora, encubierta en otra sociedad, era la mercantil española, y de ahí la remisión a la legislación española en todos los aspectos relativos al contrato. Hay que destacar que dicha sumisión se daba también en aquellos contratos celebrados con compradores que no eran de **nacionalidad** española, como ocurre en el caso de la SAP Madrid (21ª) 231/19, de 11 de junio. Todas las sentencias citadas dictadas en casos semejantes por la Audiencia Provincial de Madrid siguen el mismo criterio señalado.

12.- Señalada la validez de la sumisión expresa a la legislación española, debe de responderse a la segunda cuestión planteada, esto es, si es aplicable el régimen de protección de la Ley 57/1968 a esta promoción de viviendas que se iban a construir en Brasil y la respuesta a esta cuestión tiene que ser necesariamente positiva.

13.- En primer lugar, no es necesario una expresa mención a la aplicación de esta ley en el contrato para que la misma sea aplicable a esta relación jurídica. Así lo viene a reconocer la SAP Madrid (10ª) de 13 de septiembre de 2018 al entender que es suficiente la remisión que se hace a la legislación española como aplicable. Es más, aunque no se contuviese la misma, las previsiones de la Ley 57/1968 serían siempre aplicables dado que en dicha norma se contienen derechos que son irrenunciables para el comprador. Sí en los contratos celebrados sobre viviendas construidas en España no es exigible la expresa mención a la ley para su aplicación, lo mismo debe de ocurrir con los contratos celebrados en España sobre viviendas construidas en el extranjero. La ley 57/1968 es una norma de protección de los compradores de viviendas cuyo artículo 7 establece el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la misma a los compradores y ningún obstáculo existe para su aplicación en este caso dada la expresa remisión a la legislación española a todo lo relativo al régimen obligacional del contrato, al ser una protección legal aplicable a todos los contratos sometidos a la misma.

14.- En segundo lugar, también debe de entenderse que el hecho de que la vivienda esté ubicada en el extranjero no impide, como consecuencia de la sumisión expresa a la norma española, la extensión de los efectos de la Ley 57/1968 a estos contratos. Ni de la exposición de motivos de dicha ley ni de las previsiones de su artículo 4 es posible alcanzar esta conclusión. En contra de lo señalado por la apelante, no existe ningún tipo de expresa exclusión ni ésta puede deducirse del contenido del texto. Es evidente que la normativa está pensada, en principio para construcciones realizadas en nuestro país, a lo que habrá que añadir también a todas aquellas construcciones que se rijan por la ley española. Lo importante es que se trate de una vivienda que caiga dentro del su ámbito objetivo, tal como se define en el artículo 1 de dicha norma, esto es, que se trate de una construcción de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar, sea permanente o accidental, y que se obtengan cantidades a cuenta del precio antes de iniciar la construcción o durante la misma. Ambos requisitos se dan en este caso y por ello es aplicable el régimen de garantías derivados del artículo 1.2 de la ley en relación con la jurisprudencia que lo ha interpretado. Es más, existe una voluntad implícita en los contratantes para la aplicación de este régimen, aunque no haya una expresa remisión a la ley 57/1968, pues por un lado en la cláusula 4.3 del contrato se impone la obligación de la promotora de entrega del aval por las cantidades anticipadas a cuenta y en la cláusula 4.4 se impone como único medio de pago los ingresos, por cualquier medio, de las cantidades en la cuenta bancaria referida en los contratos, en este caso, tanto las cuentas de Banco Popular Español y Banco de Santander. Ambas cláusulas son expresión contractual de los derechos del comprador, y correlativa obligación del vendedor, previstos en la ley 57/1968 y, además, permiten considerar la cuenta señalada por la promotora como aquella en la que deben de realizarse los ingresos, como especial a los efectos de concentrar los ingresos a cuenta.

**Cuarto: Condición de consumidor de los compradores. Ausencia de finalidad inversora .**

15.- El segundo motivo por el que entiende la parte apelante que no es procedente la aplicación de la Ley 57/1968 es el hecho de que entiende que los compradores actuaron con finalidad de inversionistas, lo que queda excluido, conforme a la jurisprudencias que ha interpretado dicha ley, del ámbito objetivo material de aplicación de la norma. Considera elementos claves para acreditar dicha finalidad inversora el hecho de que las viviendas están en Brasil, que se adquieren dos viviendas que no son contiguas, el propio contenido del contrato y que los actores, en especial D. Jon , son propietarios de múltiples inmuebles en España, tanto a título particular como a nombre de la empresa de la que es titular el citado actor. Además., entiende probado que el actor es titular de empresas dedicadas a la actividad de la intermediación inmobiliaria.

16.- Como recuerda la STS 36/20, de 21 de enero " *De la jurisprudencia de esta sala se desprende que la aplicación de la Ley 57/1968 depende, conforme a su art. 1 , no de la condición de consumidor del comprador, sino de que la vivienda de que se trata esté destinada a domicilio o residencia familiar ( sentencias 360/2016, de 1 de junio , y 420/2016, de 24 de junio ) ...*". En consecuencia, con lo señalado y como recuerda la STS 582/17, de 26 de octubre " *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...*".

17.- La doctrina jurisprudencial señalada es clara y reiteradamente recordada por los tribunales de justicia, lo que implica que, como ha señalado reiteradamente este tribunal, pudiéndose citar como una de las últimas resoluciones la SAP Murcia (1ª) 46/20, de 10 de febrero, la determinación de sí el actor es o no comprador inversor es una cuestión que debe de ser examinada en atención a las circunstancias concretas que se acrediten en cada uno de los supuestos de hecho que se enjuician, bien entendido que la carga de la prueba de la finalidad de la compraventa es diferente según el tipo de persona que contrate. En tal sentido, si fuese una persona jurídica, la ya citada STS 36/20 exige que la finalidad no de inversión o profesional debe de ser probada por la misma, al señalar que ".... *finalidad que debe alegarse en la demanda y, tratándose de una sociedad mercantil como en este caso, probarse debidamente ( sentencias 360/2016, de 1 de junio , 40/2016, de 24 de junio , 675/2016, de 16 de noviembre , y 161/2018, de 21 de marzo , entre otras)*". Por el contrario, si se trata de una persona física, la carga de probar la condición de inversor corresponde a la parte que la alega como hecho impeditivo de la demanda, esto es, a la demandada, conforme a las reglas generales de la carga de la prueba del artículo 217 LEC.

18.- En este caso estamos ante una persona física y la entidad de crédito demandada no ha logrado probar que se trate de un inversor. En primer lugar, el hecho de que no se adquiera una vivienda que vaya a constituir un hogar permanente, pues lógicamente los actores residen en Murcia y éste constituye su lugar de residencia habitual, no puede excluir por sí mismo la aplicación de la ley. Como señala la STS 420/2016, de 24 de junio, ".... *Dicha exclusión no queda alterada por la referencia a "toda clase de viviendas" en la D.A. 1ª 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")*".

19.- En segundo lugar, del examen de las pruebas practicadas, incluido el visionado de la grabación del acto del juicio, confirma la conclusión ya adelantada, siempre partiendo de que la obligación de probar el carácter de inversionista corresponde a la parte demandada que lo alega. De la prueba personal de interrogatorio de los actores sólo se puede alcanzar la conclusión de que la adquirieron para disfrutarla personalmente o en compañía de familia o amigos, esto es para un uso residencial de temporada o vacaciones que sí tiene cabida dentro del ámbito objetivo de la Ley 57/1968. Hay que tener en cuenta que, al menos D. Jon , está ya jubilado, como declaró en su interrogatorio, y por ello es creíble una mayor disponibilidad de tiempo para viajar a Brasil y ocupar de forma estacional la vivienda que pretendía adquirir.

20.- Del examen de la documental tampoco se puede alcanzar otra conclusión diferente, por los siguientes motivos:



a.- En primer lugar, nada afecta el contenido de la cláusula 12ª del contrato, que permite la subrogación de la parte compradora, pues en la misma se incluye una facultad del comprador que ni siquiera consta que fuese negociada individualmente, pues era una cláusula que aparecía de forma común en los contratos, tal como se desprende de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid sobre esta misma promoción a las que se ha hecho referencia anteriormente. Tampoco consta que realizase ningún tipo de gestión para el ejercicio de esta facultad, que como todo derecho reconocido, no implica necesariamente su uso.

b.- En los contratos concertados (documentos 3 y 4 de la demanda) no se contiene una cláusula a la que se hace referencia en el recurso, esto es, aquella que aseguraba al comprador un alquiler de la vivienda durante los periodos en los que ésta no estuviese siendo usada por su propietario. Por tanto, no puede tomarse este hecho como justificación de la falta de voluntad de uso personal

c.- En segundo lugar, no consta que los actores se hayan dedicado, por sí o por medio de empresas intermedias, al negocio inmobiliario. Ello es negado en su interrogatorio por ambos y ninguna prueba hay al respecto. De las múltiples propiedades que dice la parte actora que tiene que justificación de la existencia de una actividad habitual de compra y venta de viviendas, nada se desprende. Del documento nº 4 de la contestación de Banco de Santander se desprende que D. Jon es propietario de una casa de veraneo y una plaza de garaje en el mismo edificio en La Manga del Mar Menor, una vivienda en Las Torres de Cotillas, una finca en Yeste (actualmente propiedad de sus hijos), un terreno en La Unión y otro en Aledo. Se trata por tanto de inmuebles que son usados por los actores para sus periodos de vacaciones y que les pertenecen desde hace varios años, lo que excluye una actividad inmobiliaria o especulativa con los mismos, por lo que se trata del patrimonio creado durante toda su vida por los actores. De los inmuebles que son propiedad de PreveMur, empresa de la que es titular D. Jon, se limita la parte apelante a reseñar su existencia, pero sin identificar ni el número, tipo de inmueble o uso dado al mismo, por lo que perfectamente se puede tratar de inmuebles destinados al desarrollo de la actividad de la citada empresa.

d.- Ningún valor probatorio puede darse al informe elaborado por Axesor (documento nº 5 de la contestación de Banco Popular Español) en el que una persona con el mismo nombre del actor y con domicilio en Caravaca de la Cruz, es titular de una mercantil dedicada a la actividad inmobiliaria pero, como bien señaló la sentencia apelada, en dicho informe de actividad no se refleja el DNI o NIF de la persona que aparece como titular de dicha actividad, por lo que no puede identificarse la misma con el actor y más cuando el domicilio no se corresponde con la residencia habitual en la ciudad de Murcia y ni el nombre ni los apellidos, comunes en España, sirven para identificar plenamente al actor en relación con dicha actividad.

e.- Finalmente, el hecho de que las viviendas estén ubicadas en Brasil tampoco justifica el pretendido y no probado carácter inversor. Como ya se ha señalado, dada la situación personal de jubilado de D. Jon, tampoco es descartable la posibilidad de pasar periodos de tiempo más o menos largo en un país como Brasil que goza de un clima de naturaleza tropical y la posibilidad de tener una segunda vivienda para recibir a la familia o amigos a los que se puedan invitar, sin que sea preciso que ambas viviendas fuesen contiguas, pues ello permite más fácilmente el uso de las dos viviendas por familias diferentes.

#### **Quinto : Responsabilidad de la entidad financiera por las cantidades ingresadas. Capacidad de control.**

21.- Dentro de este fundamento se examinará, por un lado, los efectos de la titularidad de la cuenta en la que se llevan a cabo los ingresos de la mercantil GNM y, por otro lado, la negada capacidad de control de la entidad de crédito sobre las cantidades ingresadas en la cuenta corriente titularidad de GNM.

22.- Respecto al primero de los aspectos, considera la parte apelante que ello justifica la no aplicación de la Ley 57/1968, dado que la misma se corresponde con las cantidades entregadas al promotor y tales ingresos se hicieron a nombre de un tercero dado que Lagoa, promotora y vendedora de la promoción inmobiliaria, no era la titular de la cuenta en la que se efectuaron los ingresos por los actores.

23.- Este alegato no puede ser compartido por este tribunal y ello anticipa su desestimación. Efectivamente, tal como establece el artículo 1 de la Ley 57/1968, la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta corresponde a la persona física o jurídica que promueva la construcción de viviendas, en este caso la mercantil brasileña Lagoa y el deber de control que se impone a las entidades de crédito lo es en relación con los ingresos realizados en la cuenta del promotor. En este caso, no es un hecho discutido que los ingresos se realizaron en las cuentas de las que era titular tanto la mercantil española Grupo Nicolás Mateo SL. Sin embargo, lo anterior no es óbice para la extensión de las garantías y el régimen de responsabilidad de las entidades de crédito a estos contratos. En primer lugar, como ya se ha señalado, existe una promotora formal, Lagoa, y una promotora real encubierta, Grupo Nicolás Mateo SL, pues no se puede olvidar que éste era el propietario del 100 % de la sociedad brasileña, lo que implica que sí los ingresos se hacían en la cuenta de GNM, se estaban haciendo en la cuenta del promotor real del proyecto inmobiliario y por tanto sometidos al régimen de la Ley 57/1968.



24.- En segundo lugar, los ingresos, con independencia de la titularidad de la cuenta, se hacían a favor de Lagoa y por ello el recibo de pago era dado por esta mercantil y no por GNM. Así se expresa tanto en los contratos de reserva como los de compraventa. La intervención de GNM lo es, en ambos contratos, en representación de Lagoa en virtud de los contratos de mediación o corretaje, de fecha 1 de noviembre de 2005 (documentos 2.1 y 2.2 de la contestación de la demanda de Banco Popular). Por tanto, todos los ingresos que perciba derivado de esta promoción lo son siempre a nombre y por cuenta de Lagoa y no a título propio, por más que sean ingresados en una cuenta titularidad de GNM. El traslado de fondos de una sociedad a otra pertenece a las relaciones privadas entre ambas mercantiles pero, en ningún caso, afecta a los compradores dado que estos ingresan en la cuenta designada por la promotora y reciben carta de pago de la misma por dichos ingresos.

25.- En relación al segundo de los aspectos, esto es, la capacidad de control de Banco de Santander y de Banco Popular Español del destino de las cantidades ingresadas en dichas cuentas, debe anticiparse su desestimación.

26.- La reiterada doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se hizo por el comprador el ingreso de las cantidades a cuenta de la adquisición de una vivienda aparece sistematizada en la STS 645/19, de 28 de noviembre en la que se indica que *"En la interpretación del artículo 1.2 de la Ley 57/1968, esta sala ha fijado y reiterado, en sus sentencias 733/2015, de 21 de diciembre (de pleno), 142/2016, de 9 de marzo, 174/2016, de 17 de marzo, 420/2016, de 24 de junio, 468/2016, de 7 de julio, 459/2017, de 18 de julio, 502/2017, de 14 de septiembre (de pleno), 636/2017, de 23 de noviembre, 102/2018, de 28 de febrero, y 503/2018, de 19 de septiembre, la siguiente doctrina jurisprudencial:*

*"En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad".*

*Esta doctrina merece dos puntualizaciones, a las que expresamente se refiere la sentencia 408/2019, de 9 de julio: la primera, que "la ley solo responsabiliza a las entidades de crédito no avalistas de los anticipos que se ingresen o transfieran a una cuenta del promotor en dicha entidad, de modo que mientras el garante (avalista o asegurador) normalmente responde de todos los anticipos entregados por los compradores al vendedor, en cambio la entidad de crédito no garante solo responde de las cantidades que se entreguen o depositen en ella"; y la segunda, "que la responsabilidad de las entidades de crédito establecida en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968 no depende de que los anticipos se ingresen en la cuenta identificada en el contrato de compraventa, sino, como resulta de la doctrina jurisprudencial fijada por esta sala a partir de la sentencia 733/2015, de 21 de diciembre, de que se ingresen en una cuenta del promotor en la entidad conociendo esta, o debiendo conocer, que los ingresos se corresponden con anticipos de compradores de viviendas protegidos por dicha ley".*

27.- La parte apelante es consciente de dicha doctrina jurisprudencial y en base a la misma entiende que carecía de capacidad de control del origen y destino de las cantidades que se iban ingresando en la cuenta titularidad de GNM. En relación a supuestos semejantes, recuerda la STS 411/2019, de 9 de julio que *"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. 1.2º 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 ...".* En los mismos términos se pronuncia la STS 503/18, de 19 de septiembre. La única vía de eximirse de responsabilidad por estas cantidades entregadas a cuenta es, por un lado, que las cantidades se hayan entregado en efectivo por parte del comprador al promotor, de manera que no sea posible el conocimiento y control de las mismas por la entidad de crédito (STS 436/16, de 29 de junio) o, por otro lado, que la entidad de crédito haya cumplido con las exigencias legales y jurisprudenciales y a pesar de ello la promotora o los compradores no hayan atendido a la misma (STS Pleno 502/17, de 14 de septiembre).

28.- Al igual que ocurre en relación al carácter de inversor al que se ha aludido en el fundamento de derecho anterior, el foco de la discusión debe centrarse en el análisis del caso concreto y en determinar, a la vista de las pruebas practicadas, si la entidad de crédito demandada conocía o podía conocer el destino de las cantidades. No se puede olvidar que, como señala reiteradamente la jurisprudencia, la responsabilidad de la entidad de crédito se basa en el deber de control del banco sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor para exigirle la apertura de la preceptiva cuenta especial, debidamente garantizada, en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas. Y, debe





anticiparse, que este tribunal entiende que sí existe la responsabilidad de la entidad apelante, y ello por las siguientes razones.

a.- En primer lugar, porque no puede entenderse que Banco de Santander (ni Banco Popular Español) fuesen terceros totalmente ajenos a los contratos de compraventa. Ambas cuentas aparecen en el contrato de reserva y en el privado de compraventa como las únicas en las que era posible el ingreso de los pagos a cuenta derivados de dicha promoción, lo que implica, como señala la SAP Madrid 436/16, de 24 de octubre, "... se realizaron los ingresos en una cuenta especial para ingresar los importes entregados a cuenta por los compradores de las fincas promovidas". Ya se ha señalado el contenido de la cláusula 4.4 del contrato que sólo admite ingresos, como forma de pago, en la cuenta abierta en Banco Popular Español, lo que implica que esta es la cuenta en la que se centralizaba por la promotora todos los ingresos derivados de esta promoción.

b.- En segundo lugar, no cabe duda alguna a este tribunal de que ambas entidades de crédito eran plenamente conocedoras de que los ingresos provenían de una promoción inmobiliaria. Fueron muchos los contratos realizados (varios cientos se dice en los hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional) y los ingresos superiores a varios millones de euros, por lo que no se puede considerar como una cuenta ordinaria, sino que al contrario era una cuenta con muchos movimientos que no podía pasar desapercibida para la entidad de crédito ni es razonable alegar que se desconocía el origen de dichas cantidades. Es más, en los ingresos realizados por los actores (documentos 5 a 8) sí constan datos que justifican tanto la identidad de quien realiza el ingreso como su relación con una promoción inmobiliaria. Finalmente, la amplitud de los diversos ingresos es fácil de apreciar en los extractos de los movimientos de ambas cuentas aportados en fase de prueba tras su admisión en la audiencia previa celebrada pues, aunque están tachados los conceptos (se desconoce por qué motivo) si se aprecia un alto número de operaciones.

c.- En tercer lugar, no puede escudarse seriamente la parte apelante, en la posible amplitud del objeto social de GNM para alegar desconocimiento del origen de los ingresos. La actividad principal, conforme se señala en el contrato de mediación que aporta el propio Banco Popular en su contestación de la demanda no es otro que el de la intermediación inmobiliaria (apartado III del exponendo del documento 2.1 de la contestación). Ello supone que el banco era pleno conocedor de esta actividad y más en esta promoción al ser un hecho notorio, al menos en la ciudad de Murcia, el desarrollo de esta promoción inmobiliaria por el importante despliegue publicitario llevado a cabo.

29.- En definitiva, como reiteran todas las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid sobre esta promoción "... la entidad financiera demandada en cuya cuenta se han ingresado los anticipos ha de responder por el incumplimiento de la obligación impuesta por el art. 1.2 de la Ley 57/1968, teniendo constancia de que el dinero ingresado en la cuenta son cantidades anticipadas para la financiación de la construcción de viviendas de una promoción...". Por ello, para que surja la responsabilidad de la entidad financiera basta con que la entidad tenga constancia de que el dinero ingresado en la cuenta son cantidades anticipadas para financiar la construcción de las viviendas de una promoción. Siempre que la entidad financiera sepa o pueda saber, actuando de una forma diligente, que en una de sus cuentas se están ingresando anticipos para la adquisición de viviendas en construcción, queda obligada a exigir al promotor o gestor titular de la cuenta a fin de que garantice el reintegro de dichos anticipos a los adquirentes en caso de que no se entregue la vivienda en plazo, y ello con independencia de que la cuenta tenga la denominación de especial, que en la misma se realicen otros ingresos o se efectúen pagos distintos a los de su finalidad, o que el promotor o gestor de la misma no haya puesto en conocimiento de la entidad el origen de las cantidades como anticipos, y también con independencia de que la entidad financiera sea o no quien financie la construcción de las viviendas a las que se refieren los anticipos.

#### **Sexto: Incumplimiento previo de los actores .**

30.- En el penúltimo de los motivos se alega que ha existido un incumplimiento previo de los actores, dado que no abonaron los pagarés librados para el pago del 25 % del precio pactado, por lo que no pueden pedir la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta.

31.- Dicho motivo debe de ser rechazado por su manifiesta falta de consistencia jurídica. En primer lugar, la doctrina jurisprudencial señalada, afecta fundamentalmente a las relaciones contractuales entre comprador y vendedor, especialmente en el ejercicio de la acción de resolución del contrato al amparo del artículo 1124 CC. La entidad de crédito apelante no es parte del contrato y en el mismo ninguna obligación se imponía al comprador en relación con la apelante más allá de los ingresos en la cuenta especificada, por lo que el posible incumplimiento en relación al pago de los pagarés, en nada le perjudica, sino más bien le beneficia dado que de haberse hecho efectivos estaría igualmente obligada a su devolución como el resto de las cantidades entregadas a cuenta.



32.- En segundo lugar, la acción que se ejercita, aunque tiene su origen en el contrato de forma indirecta, es una acción basada en el incumplimiento de la parte demandada de una obligación legal de control de las cantidades ingresadas a cuenta para la compra de viviendas en construcción. La responsabilidad de la demandada deriva de su propia negligencia en el control de los ingresos y no del contrato, por lo que también resulta indiferente si el comprador pagó o no todo el precio pactado, dado que lo único que éste puede reclamar son las cantidades efectivamente abonadas.

33.- Por último, hay que entender que el impago de los dos pagarés, mediante su revocación expresa (documentos 12 y 13 de la demanda), está plenamente justificado por el previo incumplimiento de la promotora de sus obligaciones contractuales al no haber ni siquiera iniciado las obras. Los pagarés llevaban fecha de vencimiento de 15 de enero de 2009 y la terminación de las obras estaba prevista para el primer trimestre de 2009 (cláusula 5ª del contrato), siendo un hecho no discutido que lo único que se había hecho era el desbrozar la maleza de la finca en la que se pretendía construir, así como el pago de la licencia municipal y el proyecto de arquitecto, tal como se describe en los hechos probados de la sentencia penal.

**Séptimo : Fecha de inicio del cómputo de los intereses.**

34.- El último motivo objeto del presente recurso de apelación viene constituido por la determinación del día inicial para el cómputo de los intereses derivados de la aplicación de la Ley 57/1968, que la sentencia apelada fijó desde la fecha de entrega de las cantidades por parte de los compradores.

35.- El mismo será desestimado. Como reiteradamente viene declarando este tribunal (SSAP Murcia (1ª) 79/19, de 25 de febrero o 151/17, de 20 de marzo), dicho interés legal se computará, como bien señala la sentencia apelada desde la fecha de cada uno de los pagos respectivos realizados por el actor. En tal sentido las referencias que se contienen en el artículo 1 de la Ley 57/1968 deben interpretarse en un sentido favorable al comprador a los efectos de que éste recupere íntegramente las cantidades entregadas a cuenta, lo que implica la inclusión dentro de dichas cantidades de la posible depreciación de las mismas como consecuencia del paso del tiempo desde el contrato de compraventa y el pago anticipado a cuenta de precio final de la construcción y el momento de la devolución, de forma que la integridad del comprador queda garantizada con el pago de los intereses legales a computar desde la fecha de la entrega de tales cantidades. Fijar otra fecha diferente supondría vaciar de contenido el fundamento de esta ley e impedir que el comprador - consumidor pueda recuperar íntegramente las cantidades entregadas a cuenta debidamente actualizadas. Por ello, la doctrina jurisprudencial viene a reconocer el derecho de los compradores a percibir las cantidades más los intereses legales desde la fecha de los respectivos abonos a los efectos de una efectiva y total protección de los derechos e indemnidad de los compradores. Así se puede citar la STS de 17 de marzo de 2016 cuando señala que "... *suma total de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta del promotor abierta en dicha entidad, incrementada con los intereses legales devengados desde su ingreso...*". Este criterio también es seguido por esta Audiencia Provincial pudiéndose citar al efecto las SSAP Murcia (5ª) de 31 de enero de 2012: "...*han de ser los intereses legales vigentes desde las fechas de las entregas de las cantidades anticipadas a la parte vendedora...*" o la de 23 de mayo de 2016 (1ª): "... *exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales...*".

**Octavo : Costas de esta alzada.**

36.- De conformidad con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser desestimado el recurso procede la imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

**FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco de Santander SA, contra la sentencia dictada en fecha 8 de noviembre de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Murcia, en los autos de Juicio Ordinario nº 771/17, debemos **CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** íntegramente la citada resolución y todo ello con expresa condena a la parte apelante al pago de las costas de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir, debiendo dar al mismo el destino que legalmente corresponda.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resuelto por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.



Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, en su caso, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.- €) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal.

2º Caso de ser procedente, el modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ