



Roj: **SAP A 1243/2021 - ECLI:ES:APA:2021:1243**

Id Cendoj: **03014370042021100248**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **4**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **533/2020**

Nº de Resolución: **304/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PALOMA SANCHO MAYO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial de Alicante. Sección cuarta. Rollo 533/20

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN CUARTA

ALICANTE

NIG: 03014-42-1-2019-0018072

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 000533/2020-**

Dimana del Juicio Ordinario Nº 001579/2019

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE ALICANTE

Apelante/s: BANCO DE SANTANDER, S.A.

Procurador/es: PILAR FUENTES TOMAS

Letrado/s: MARIA ROSA MENENDEZ DE LUARCA BELLIDO

Apelado/s: Anibal

Procurador/es : JOSE MANUEL GUTIERREZ MARTIN

Letrado/s: FERNANDO CAMBRONERO CANOVAS

=====
Il'tmos. Sres.:

Presidente

D. Manuel B. Flórez Menéndez

Magistrados

D^a. Paloma Sancho Mayo

D. José Baldomero Losada Fernández

=====
En ALICANTE, a dieciséis de junio de dos mil veintiuno

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N° 000304/2021**

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada BANCO DE SANTANDER, S.A., representada por la Procuradora Sra. FUENTES TOMAS, PILAR y asistida por la Lda. Sra. MENENDEZ DE LUARCA BELLIDO, MARIA ROSA, frente a la parte apelada D. Anibal , representada por el Procurador Sr. GUTIERREZ MARTIN, JOSE MANUEL y asistida por el Ldo. Sr. CAMBRONERO CANOVAS, FERNANDO, contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE ALICANTE, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. PALOMA SANCHO MAYO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE ALICANTE, en los autos de Juicio Ordinario - 001579/2019 se dictó en fecha 31-07-20 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"ESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales **Sr. Gutiérrez Martín** en nombre y representación de Anibal contra Banco Santander SA y condeno a BANCO SANTANDER SA a abonar a Anibal la suma de 22460,77€ con intereses en los términos del fundamento de derecho Séptimo y expresa imposición de las costas a la demandada."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada BANCO DE SANTANDER, S.A., habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000533/2020 señalándose para votación y fallo el día 15-06-21.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El actor, Don Anibal , interpuso demanda contra el Banco Santander a fin de que se declarase la responsabilidad de la entidad bancaria al pago de las cantidades entregadas por los demandantes a cuenta de la compra de una vivienda que no fue construida, en base en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, al haber suscrito un contrato de compraventa de vivienda en construcción, con la promotora Lagoa do Coelho Empreendimentos Turísticos LTDA de **nacionalidad** brasileña, sita en el municipio de Touros, Natal, Estado de Rio Grande del Norte, Brasil, perteneciendo las acciones de la citada promotora al empresario español Don Genaro y su sociedad unipersonal "Grupo Nicolás SL.

La demandante, en fecha 5 de abril de 2006 suscribió contrato de compraventa sobre la vivienda NUM000 del edificio NUM001 de la Fase I. La sentencia de instancia estima la demanda interpuesta, y se condena a Banco Santander S.A. al pago de las cantidades entregadas a cuenta.

Interpone Banco de Santander S.A. recurso de apelación contra la sentencia de instancia, alegando en primer lugar la falta de jurisdicción y que no resulta aplicable al caso enjuiciado la legislación española, pues la obligación que se exige en la demanda no es una obligación contractual sino extracontractual y conforme al artículo 10.9 del C.C. se regirán por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho del que deriven, por tanto el hecho del que deriva el nacimiento de la obligación es la falta de entrega de la vivienda que el demandante compró sobre plano y este hecho se produjo en Natal, (Brasil) que es el lugar donde se debían de ejecutar las obras y por tanto donde se debía entregar la vivienda que debía haber sido construida. Y en cuanto al fondo del asunto negando la obligación de devolver la suma reclamada pues mantiene que no tenía el Banco ninguna capacidad de control sobre las sumas consignadas.

SEGUNDO.- En primer lugar se cuestiona la decisión adoptada por el Juzgador que considera los tribunales españoles como los competentes para conocer y resolver de la demanda interpuesta por no haber planteado declinatoria de jurisdicción en tiempo y forma. Es cierto como mantiene los apelantes que en la cláusula decimotercera, similar en ambos contratos litigiosos se pactó una sumisión expresa a favor de los tribunales brasileños, por lo que los tribunales españoles carecerían de jurisdicción.

Según establece recientemente el Tribunal Supremo en auto de 24 de noviembre de 2020: "En el supuesto sometido a revisión es lo procedente examinar en primer lugar la impugnación formulada por la parte apelada, al reproducir una cuestión prioritaria, la falta de jurisdicción de los tribunales españoles en virtud de la sumisión expresa pactada en el contrato litigioso.

La cuestión ya fue correctamente resuelta por parte del Juzgado de Primera Instancia en sentido negativo, pues el hecho es que la parte demandada no planteó en tiempo la declinatoria, al no personarse en tiempo y no formular contestación, según prescribe el art. 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siendo así que el art. 39 de



la Ley dispone que el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional, y en igual sentido el art. 49 para la denuncia por el demandado de la falta de competencia objetiva, de tal modo que no habiéndolo hecho en el momento procesal oportuno, no cabe su denuncia posterior, en virtud de la preclusión de los actos procesales que establece el art. 136 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

No puede acogerse la petición de que se aprecie la cuestión de oficio, pues debe recordarse que en materia de competencia la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara que lo que la Ley considera adecuado a la naturaleza de las cosas es que, sin perjuicio de la vigilancia de oficio sobre los presupuestos del proceso relativos al tribunal, la parte pasiva haya de ponerlos de manifiesto con carácter previo. Así, por ello el artículo 58 de la Ley reduce el examen de oficio de la competencia territorial a los supuestos en que la competencia venga fijada por reglas imperativas, lo que es conforme con el criterio tradicional permisivo de la disponibilidad de las partes sobre las normas de competencia territorial que establece con carácter general el artículo 54." Por tanto, habiendo comparecido el demandado únicamente para oponerse a la demanda, la sala comparte la fundamentación jurídica de la sentencia por ser ajustada a derecho.

TERCERO.- En segundo lugar se cuestiona la posible aplicación al caso de la legislación brasileña al supuesto que nos ocupa en atención a que el inmueble vendido se encontraba en suelo brasileño. A este respecto ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en la reciente sentencia de trece de mayo de dos mil veinte que en un supuesto similar establecía: ".- I. Del examen de los términos en los que se desarrolla el primer motivo de recurso se desprende que la parte demandada se limita a mostrar su discrepancia con la aplicación al caso de la ley española, sin aducir en contrapartida qué norma brasileña sería la aplicable ni en qué condiciones ello daría lugar a la satisfacción de su pretensión de que sea desestimada la demanda. Obviamente, tampoco aporta prueba al respecto, pese a lo dispuesto en los artículos 281 LEC y 33.3 de la ley 29/2015, que permite excepcionalmente en ese caso que los tribunales apliquen la ley española.

Además, su argumento acerca de la que responsabilidad reclamada no es contractual (lo que daría lugar a su encaje legal en el artículo 10.9 CC) choca con los mismos términos del fallo en los que expresamente se alude a que responde como depositaria de las cantidades ingresadas por los compradores. En el mismo sentido, el argumento de que se trata de una obligación legal porque deriva de la aplicación de la ley 57/1968 no tiene en cuenta que, como expresa en el título, su objeto es regular el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, es decir, que remite a un contrato de compraventa. Los litigantes son de **nacionalidad** española, la demandada está sometida en su actuación a controles del Banco de España, los ingresos a cuenta se realizan en nuestro país y no consta que hubiesen transferido al extranjero; de la misma manera, el contrato de apertura de cuenta corriente en virtud del que la entidad financiera presta sus servicios tanto al cliente como a terceros se rige por la normativa nacional."

Pero, además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el supuesto que nos ocupa la responsabilidad de la demandada dimana de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y no de relación contractual alguna entre los litigantes por lo que no sería aplicable en el art. 10.5 CC, relativo a las obligaciones contractuales, sino más bien el contemplado en el punto 9º de dicho artículo 10.9 CC, referente a las obligaciones no contractuales, que efectúa una remisión a la "ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven", siendo esta el lugar de pago de las cantidades entregadas a cuenta del precio final de la venta, en este caso España, por lo que el litigio debe de resolverse con arreglo al Derecho material español.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso se refiere a una incorrecta valoración de la prueba por infracción del artículo 217 de la LEC, ya que el demandado, Banco Santander, no supo o tuvo que saber que los ingresos de las cantidades respondían a la compra de una vivienda y con ello esta infracción de la doctrina del Tribunal sobre Ley 57/68: pagos realizados a terceros".

De la prueba documental aportada y en concreto el contrato suscrito por el demandante, en la cláusula cuarta se establece que los pagos anticipados del precio final debían hacerse abonado 4.500 euros en el momento de firmarse el contrato de reserva. Y el 15 % del precio, que ascendía a 10.380 euros, mediante su ingreso en la cuenta número NUM002 abierta en el Banco Santander Central Hispano, 24.800 euros mediante la entrega de un pagaré con vencimiento a 30 de junio de 2008 y el resto de 59.520,00 euros hasta el total pago, en el momento de otorgarse la escritura pública. El Grupo Nicolás Mateos SL era la sociedad mercantil de la que se valía la promotora brasileña Lagoa do Coelho Emprendimientos Turísticos LTD para recibir los pagos de las cantidades entregadas a cuenta del precio final en los contratos celebrados con los distintos compradores de la promoción de viviendas litigiosa, lo que se acredita del relato de hechos probados de la sentencia nº 21/2017 dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el día 28 de septiembre de 2017 en el procedimiento abreviado nº 194/2008, seguido frente a la mercantil y su administrador.



Está probado que el Banco recibió en una misma cuenta de su sucursal en Murcia, entonces denominado Banco Santander Central Hispano, los ingresos que motivan la reclamación del actor, esto es 4.500 euros por un ingreso en efectivo el día 10 de febrero de 2006 en el Banco Santander en la cuenta número NUM002, reseñándose en el epígrafe "concepto", "GIMUR NUM001 - NUM000 GRUPON NICOLAS MATEO". Otro de 10.380 euros, el 5 de abril de 2006, a la misma cuenta corriente y de forma análoga por el concepto "PAGO del 15% del valor de la vivienda NUM001 - NUM000", siendo la cuenta de destino titularidad de Grupo Nicolás Mateos SL, tal y como consta del extracto de movimientos.

Lo expuesto es suficiente para concluir que la demandada pudo conocer perfectamente que las cantidades transferidas por los demandantes obedecían a pagos a cuenta del precio final por la adquisición de una vivienda de la promotora citada, pues en todos los extractos se hizo mención al nombre de dicha promotora, pues la demandada no podía desconocer que se trataba de una promotora o empresa dedicada a la venta de viviendas, ya que en la misma cuenta corriente ya se habían llevado a cabo, en fechas anteriores, ingresos en los que se indicaba claramente que se hacían con la finalidad de reservar un apartamento.

Por otro lado, no puede exonerar a la demandada de sus obligaciones por el hecho de que el actor, Sr. Anibal, dispusiera de un aval emitido por Albatross Invest S.P.A. pues no consta que dicha entidad estuviera inscrita "en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros", como exige el art. 1 Ley 57/1968.

En efecto, los pagos realizados por los demandantes reúnen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para dar lugar a la acción de resarcimiento. Conforme a ellos, las circunstancias de que la cuenta abierta en la entidad bancaria fuera o no formalmente calificada como "especial" resultan irrelevantes ante los demás hechos que aparecen acreditados, es decir que la promotora Grupo Nicolás Mateo SL tenía abierta esa cuenta en la entidad ahora demandada y que la cuenta coincide en numeración tanto con la designada en el contrato como destino final de los pagos anticipados por la compradora. Estos hechos revelan inequívocamente que en caso de haber actuado la entidad bancaria con el nivel de diligencia exigible conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento jurídico anterior tuvo elementos de juicio suficientes para percatarse de que la cuenta estaba siendo utilizada de hecho por la promotora para los fines propios de una cuenta especial, por lo que hubiera debido adoptar las medidas correspondientes para la protección de los compradores que efectuaban los ingresos.

Por otro lado el hecho de que el demandante haya adquirido por herencia unas propiedades en Murcia y Archena, cuyas circunstancias no se han probado suficientemente por la demandada pese a incumbirle la carga de la prueba al amparo del artículo 217 LEC, no le hacen adquirir la condición de inversor pues no se ha probado que dispusiera en Brasil de otra vivienda o que la hubiera adquirido como inversión, por lo que se entiende que la compró para uso residencia.

QUINTO.- Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación interpuesto con la imposición de costas prevista en los arts. 394-1 y 398-1 LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander SA, representados por la Procuradora Sra. Fuentes Tomás, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante, con fecha 31/07/2020, en las actuaciones de que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, imponiendo a la parte apelante el pago de las costas causadas en esta instancia.

Dese el destino legal al depósito constituido para el recurso.

Esta sentencia será susceptible de recurso de casación por interés casacional ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, siempre que se cumplan los específicos presupuestos de este recurso que prevé el art. 477-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme determina el art. 248 LOPJ y, con testimonio de la misma, dejando otro en el rollo, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha, doy fe.

* **INFORMACIÓN SOBRE EL DEPÓSITO PARA RECURRIR**



De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o recurso extraordinario por infracción procesal contra esta resolución deberá constituir un depósito de 50€ por cada recurso, que le será devuelto sólo en el caso de que el recurso sea estimado.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el banco SANTANDER, en la cuenta correspondiente a este expediente **Entidad 0030, oficina 3029; cuenta expediente nº 0188-0000-12-0533-20**; indicando, en el campo "concepto" -según el caso- el código "06 Civil-Casación" o el código "04 Civil-Extraordinario por infracción procesal"; y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

En el caso de realizar el ingreso mediante transferencia bancaria, tras completar el Código de Cuenta Corriente (**ES 55-004935-69-92-0005001274**), en "observaciones" **cuenta expediente nº 0188-0000-12-0533-20**; indicando, en el campo "concepto" -según el caso- el código "06 Civil-Casación" o el código "04 Civil-Extraordinario por infracción procesal"; y la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

En ningún caso se admitirá una consignación por importe diferente al indicado. En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase.

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.