



Roj: **SAP MA 3467/2023 - ECLI:ES:APMA:2023:3467**

Id Cendoj: **29067370062023100911**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **6**

Fecha: **15/11/2023**

Nº de Recurso: **854/2023**

Nº de Resolución: **1562/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS SHAW MORCILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia provincial de Málaga

Sección VI

SENTENCIA Nº 1562/23

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. José Javier Díez Núñez

MAGISTRADOS

Don Luis Shaw Morcillo

Don Enrique Sanjuán y Muñoz

En Málaga a 15 de noviembre de 2023

Vistos en grado de apelación, por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Marbella, autos nº 1239/20, rollo de apelación de esta Audiencia nº 854/23, demanda a instancia de don Vicente, don Victorio y doña Casilda representados por el Procurador Sr. Sánchez Gil y asistidos por el Letrado Sr. Martín de la Herrán y como parte demandada la entidad Banco Santander, S.A. representada por el Procurador Sr. Domingo Corpas y asistida por el Letrado Sr. Prieto Castro.

ACEPTANDO los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada, dictada por el Juzgado de Primera Instancia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por dicho Juzgado y en la fecha de 21/12/22, se dictó sentencia que contiene el siguiente FALLO: "Que procede desestimar la demanda interpuesta por don Victorio y doña Casilda contra la entidad Banco Santander, S.A. absolviendo a la entidad demandada. Todo ello con imposición de costas a la parte demandante".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso por en tiempo y forma, recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido por el Juzgado de lo Mercantil. Dado traslado a las demás partes del escrito de apelación, se presentó escrito de oposición, remitiéndose por el Juzgado las actuaciones a esta Audiencia, con emplazamiento de las partes; turnadas a esta Sección 6ª se formó el rollo correspondiente y personadas las partes quedó señalado para la deliberación, votación y fallo el día de hoy en que tuvo lugar, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar la resolución oportuna.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las normas y formalidades legales.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Shaw Morcillo.

ACEPTANDO los fundamentos de derecho de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Ejercitada la demanda frente a BANCO DE SANTANDER en aplicación de la Ley 57/68 se reclama a esta el pago de las cantidades que los demandantes anticiparon por una vivienda en construcción y que parte del dinero fue ingresado en una cuenta abierta en dicha entidad (más en concreto en BANCO DE ANDALUCÍA de la cual es sucesora la hoy demandada). La sentencia de instancia partiendo de que el contrato tiene por objeto una vivienda sita en **Marruecos**, que la constructora es una empresa marroquí con domicilio en dicho país, que los demandantes son británicos y que el contrato se firmó en **Marruecos**, considera que no es de aplicación la legislación tuitiva de la Ley 57/68 y absuelve a la entidad demandada.

Los demandantes, aunque en ocasiones aleguen que no están vinculados por una sumisión a una jurisdicción extranjera (en el contrato se sometían las partes a los tribunales marroquíes), considera que es de aplicación la normativa española y por ende insta la revocación de la sentencia.

Segundo.- Debe desestimarse el recurso. Efectivamente el artículo 10.9 del Código Civil establece que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. Y es cierto que el art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 establece una responsabilidad legal específica de las entidades de crédito ("bajo su responsabilidad"). Esta responsabilidad legal, que no cabe confundir con la de la entidad garante (avalista o aseguradora que si tendría una responsabilidad de tipo contractual derivado del aval prestado) en el caso de que se pruebe la existencia de garantías, se funda en que las entidades de crédito depositarias de cantidades anticipadas por los compradores de viviendas en construcción no tienen el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y promotor-vendedor, sino que deben colaborar activamente con este último a fin de asegurarse de que cumple sus obligaciones legales (recibir los anticipos en una cuenta especial debidamente garantizada), de modo que basta con que la entidad de crédito conozca o no pueda desconocer (que "supo o tuvo que saber", según dijo literalmente la sentencia 733/2015) que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de viviendas en construcción para que responda por no haber exigido del promotor la apertura de una cuenta especial, separada y debidamente garantizada.

Efectivamente, no se trata de una obligación contractual, pero la sentencia recurrida lo que indica no es que al banco le sea de aplicación lo previsto en el art. 10.5 CCI sino que para que surja la obligación legal de responder por las cantidades ingresadas en cuenta, la promotora debe tener la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante contrato de seguro y depositarlas en una cuenta especial (tal y como disponía la ley 57/68 y ahora la disposición adicional 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación).

Por ello, lo primero que se hace es indagar qué legislación es aplicable al contrato celebrado entre comprador y vendedor. Es evidente que no hay ningún nexo de conexión con España más allá del ingreso en la cuenta de un banco español (a diferencia de los supuestos aducidos por la parte en su recurso y que son profusamente examinados por la SAP Alicante de 3/5/22); y en base al art. 10.5 CCI 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 la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos.

Por tanto, la regulación a la cual hay que estar respecto de las vicisitudes del contrato de compraventa es a la legislación marroquí y no a la Ley 57/68, ni ninguna otra norma española o del acervo comunitario. Y no consta que la legislación de **Marruecos** establezca las garantías de nuestro ordenamiento. De manera que si los bancos, tienen la obligación de garantizar que los promotores cumplan su obligación de garantizar la devolución de cantidades anticipadas y en virtud de ello, responden por los ingresos efectuados en las cuentas (con los requisitos que para ello establece la jurisprudencia); si no existe obligación de garantía por el promotor, no puede exigirse al banco que vele por el cumplimiento de una obligación inexistente.

Así pues, es cierto que en aplicación del art. 10.9 CCI se aplicaría la legislación española para determinar la obligación del banco de cumplir con las obligaciones que le impone la Ley. Pero la Ley aplicable de acuerdo con el art. 10.5 CCI, la marroquí, no le impone ninguna obligación de garantizar la devolución de cantidades anticipadas y por tanto, debe mantenerse la resolución de instancia.

Tercero.- Dado el sentir de esta sentencia, por imperativo del artículo 398 de la L. E. Civil, habrán de imponerse al apelante las costas del presente recurso, y mantener la condena respecto de las de instancia al no apreciarse las dudas de derecho aducidas por la parte demandante como excepción al principio de vencimiento objetivo que recoge el art. 394 LECi.



Por aplicación de la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 9 de la L. O. P. J., añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de Noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, ante la confirmación de la resolución recurrida, se declara la **pérdida** del depósito constituido por la parte apelante para recurrir, al que se dará el destino previsto en dicha Disposición.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Marbella con fecha 21/12/22, debemos confirmar la resolución recurrida, con imposición al apelante de las costas ocasionadas en esta alzada, declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe Recurso de Casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El plazo para la interposición del recurso, que deberá hacerse mediante escrito presentado ante este Tribunal, es el de 20 días contados a partir del siguiente a su notificación.

Deberá acompañarse justificante de haber constituido el depósito para recurrir salvo los supuestos de exclusión previstos en la misma y que deberá ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección.

Comuníquese esta sentencia por medio de certificación al Juzgado del que dimana para que lleve a cabo lo resuelto.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la dictó, estándose celebrando audiencia pública ordinaria en el día de su fecha, doy fe.