



Roj: **SAP M 2361/2024 - ECLI:ES:APM:2024:2361**

Id Cendoj: **28079370132024100098**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **16/02/2024**

Nº de Recurso: **716/2022**

Nº de Resolución: **101/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN JOSE GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 58, 03-05-2022 (proc. 108/2021),
SAP M 2361/2024**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2020/0230345

Recurso de Apelación 716/2022 A-1

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 58 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 108/2021

APELANTE: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. BEATRIZ LOPEZ-AMOR RUANO

APELADO: D./Dña. Ruperto , D./Dña. Saturnino y D./Dña. Segundo

PROCURADOR D./Dña. JUAN MANUEL GUTIÉRREZ VILLATORO

-

SENTENCIA N° 101/2024

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D.JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS:

Dª INMACULADA MELERO CLAUDIO

D. LUIS PUENTE DE PINEDO

Siendo Ponente el ILM. SR. MAGISTRADO D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

En Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil veinticuatro

La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación autos civiles de Juicio Ordinario nº 108/2021,



procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelante/demandada BANCO DE SANTANDER S.A., representada por la procuradora D^a. Dña. Beatriz López-Amor Ruano y asistida por la letrada D^a Rosina Menéndez De Luarda Bellido, y de otra, como parte apelada/demandante D. Ruperto, D. Saturnino y D. Segundo, representados por el procurador D. Juan Gutiérrez Villatoro y asistida por el Letrado D. Antonio Gabriel Aguilera Berenguer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 58 de Madrid, en fecha 3 de mayo de 2022, se dictó Sentencia nº 193/2022, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se *ESTIMA* la demanda presentada por el Procurador D. Juan Manuel Gutiérrez Villatoro, en representación de D. Ruperto, D. Saturnino y D. Segundo, contra BANCO SANTANDER, S.A., debo condenar a la parte demandada a abonar a la parte actora la cantidad CIENTO OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS (108.261,20 €) en concepto de principal, más los intereses legales devengados desde la fecha en que se realizaron las aportaciones, hasta la fecha de la presente resolución, e interés del art. 576 de la LEC. Las costas del presente procedimiento se imponen a la parte demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada que se opuso, elevándose los autos ante esta Sección en fecha veintinueve de julio de dos mil veintidós, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **deliberación, votación y fallo**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **veinticuatro de enero de dos mil veinticuatro**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se rechazan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Antecedentes y objeto del recurso.

1.- Los actores formulan demanda de juicio ordinario frente a Santander (sucesor de B. Popular, en reclamación de CIENTO OCHO DOSCIENTOS SESENTA Y UN EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS DE EURO (108.261,20 €) en concepto de principal, incrementados en los correspondientes intereses que legalmente corresponda y todo ello con expresa condena en costas, por las cantidades que ingresaron en una cuenta del Popular para la adquisición de tres apartamentos a construir en un complejo residencial denominado DIRECCION000, sito en Natal, Estado de Rio Grande do Norte, en Brasil, para lo cual los actores suscribieron el 27 de junio de 2007 tres contratos de reserva de vivienda con la mercantil vendedora-promotora denominada LAGOA DO COELHO EMPRENDIMIENTOS TURÍSTICOS LTDA, representada por la mercantil GRUPO NICOLÁS MATEOS, S.L.

En cuanto a la forma de pago se realizó una transferencia de 4.500 euros y se ingresó en la cuenta NUM000 abierta en Banco Popular hoy Banco Santander.

Los contratos de compraventa se firmaron en Murcia el 28 de agosto de 2007, ingresando en total en la referida cuenta la citada cantidad a cuenta de los tres apartamentos que no se llegaron a construir.

2.- Banco Santander contestó a la demanda interesando su desestimación.

3.- La sentencia estima la demanda y frente a ella se alza la entidad demandada interesando se revoque y se le absuelva de la demanda, alegando los siguientes motivos de recurso:

1º: Sobre los fundamentos de la Sentencia 193/2022 que se consideran errados.

2º. - De la exclusión de los actores del ámbito de aplicación de la Ley 57/68, dada la evidente naturaleza inversora de la triple adquisición, extremo sobre el que esta parte presentó cumplida prueba.

Mantiene que: " Este caso es particularmente sangrante en lo que al fin inversor se refiere. Nos encontramos con tres demandantes, de **nacionalidad** británica, que adquieren hasta tres inmuebles separados, en proindiviso, en una promoción sita en Brasil, a más de 7.000 km del Reino Unido, sin que se haya alegado o probado, en modo alguno, el que fuera el vínculo entre ellos, o la razón de la adquisición conjunta de tres inmuebles en proindiviso en un país tan lejano, constando además cláusulas de cesión en los tres contratos. Nada se alega en cuanto a previos viajes a Brasil, arraigo en la zona, amigos o familia que residan allí, conexiones con el país suramericano, intención de transcurrir las vacaciones o trasladarse permanentemente, etc."



3º.- De la completa falta de acreditación de los ingresos. Del exceso incurrido en la presunción judicial aplicada.

Alega que: " *La Sentencia de Instancia ha entendido, sin ningún género de prueba que lo respalde, que una serie de pagos, obrantes en los movimientos, que coinciden tan sólo en la cuantía con los contractualmente estipulados, son los que aquí se reclaman.*

Si bien las carencias probatorias comunes en este género de demandas suelen dar lugar a importantes vacíos fácticos, el que hallamos en el presente supuesto resulta del todo chocante: la única prueba que se aporta de los pagos reclamados son los propios contratos de compraventa, donde se indican los pagos a realizar y la cuenta que contractualmente se prevé como destinataria de los mismos. ¿Tenemos algún indicio que relacione a los demandantes con MANZANARES INTERNACIONAL LAWYERS? Ninguno en absoluto".

4º.- De la exoneración de responsabilidad de mi mandante en caso de que los pagos señalados por S.S. se correspondieran con los ingresados por los demandantes.

Sostiene que: " *Tal y como afirmamos en sede de contestación y reiteramos en las conclusiones, en caso de que los movimientos de la cuenta señalados por S.S. se correspondieran con los pagos que reclama la actora, la serie de elementos puestos de manifiesto en la Alegación anterior conducirían a la completa desestimación de la responsabilidad de BANCO SANTANDER como depositaria.*

La falta de correspondencia entre las fechas contractualmente estipuladas y las de los movimientos, así como la total ausencia de concepto en los pagos y su realización por medio de una intermediaria persona jurídica, han sido calificadas por reciente jurisprudencia como determinantes de la total ausencia de responsabilidad de la entidad receptora de los anticipos.

Para que se despliegue el régimen de garantías de la Ley 57/68 no basta con que se produzca el pago de cuantías en anticipo del precio final de viviendas, junto con el incumplimiento del promotor, sino que es preciso que el Banco haya recibido los importes en forma que active su obligación de control, lo cual, como sabemos, solo ocurre cuando la entidad recibe los pagos siendo consciente de la naturaleza y carácter de los mismos. En la contestación y en sede de conclusiones se citaron conocidos ejemplos jurisprudenciales, como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 107/2021 de 1 de marzo, Rec. 1350/2018 , exponente de la conocida como "Doctrina Eurohouse", derivada de las diversas sentencias recaídas en asuntos relacionados con la promotora de igual nombre en la costa levantina, en los que era práctica constante que los pagos se hicieran al margen del contrato y a través de OLE MEDITERRANEO, mercantil intermediaria ajena al mismo".

5º.- Ley aplicable. No resulta de aplicación la legislación española.

6º.- De la absoluta temeridad con que se ha litigado de contrario .

Sostiene que : " *Dentro de la orfandad o insuficiencia probatoria que es común en esta clase de procedimientos, caracterizados por demandas interpuestas en masa, el presente es particularmente sangrante. En un ejercicio absolutamente irresponsable del derecho a accionar y del principio de la tutela judicial efectiva, la contraparte se ha permitido accionar sin aportar ni una sola prueba de los pagos reclamados (i.e. del petitum), de su destino, autoría, fecha, o modo de realización. Es decir, ha dejado el objeto de su reclamación sumido en la más absoluta oscuridad, dejando al albur de un requerimiento a realizar en la audiencia previa el resultado del pleito."*

4.- La parte apelada interesó la desestimación del recurso:

SEGUNDO.- Por razones sistemáticas procede en primer lugar principiar por el motivo quinto del recurso consistente en que no resulta de aplicación la legislación española, la Ley 57/68.

La parte apelante alega : " *...la aplicación de la legislación española al supuesto de autos, porque hacerlo es frontalmente contrario al preámbulo y al art. 4 de la Ley 57/68 , que circunscriben su aplicación a territorio español. Además, el art. 10.5 CC prevé la sumisión expresa de las partes como criterio dirimente, y los contratos se someten a derecho brasileño en sede de cl. 1. 2ª y 14ª. La aplicación a inmuebles brasileños del derecho brasileño es por otro lado acorde con el art. 10.1 CC . Por último, aun cuando considerásemos de aplicación a este caso el art. 10.9 CC , el hecho generador tendría lugar en Brasil, que es donde había de construirse el inmueble y tal obligación fue incumplida (tanto cuando se reclama a una entidad como depositaria, como cuando se le reclama como avalista)."*

La sentencia de primera instancia, considera aplicable la legislación española con base en lo establecido en el artículo 10.5 del CC y en la interpretación que varias sentencias de esta Audiencia provincial han realizado de las cláusulas de sumisión existentes en supuestos de adquisiciones de viviendas promocionadas también en Brasil.



Rechazamos dicha conclusión, por lo que el recurso debe estimarse, en cuanto entendemos que la legislación aplicable para la resolución de este litigio ha de ser la brasileña y ello con base también en lo establecido en el artículo 10.5 del CC.

Como señala el artículo 10.5 del título preliminar del CC español para determinar la legislación aplicable el primer criterio a tomar en consideración es el de la voluntad de las partes, expresamente determinado y siempre que tenga alguna relación con el negocio de que se trate, de manera que hemos de partir de esa voluntad, que en el supuesto aquí analizado fue exteriorizada por las partes, en la cláusula primera párrafo segundo y en la cláusula decimooctava de los contratos.

En la primera de ellas, las partes convinieron que *"esta promoción será realizada en virtud del sistema previsto en la Ley nº 4.591/1964 de la república federativa de Brasil ..."* (Esta promoción será realizada en virtud del sistema previsto en la Ley nº 4591/64 da Republica Federativa do Brasil), y en la décimo octava se establece que *"el presente contrato será regido por la ley española en todas las cuestiones relativas a su existencia, cumplimiento, validez, ejecución e interpretación con excepción de aquellas cuestiones relativas a transmisión de propiedad los inmuebles objeto del contrato, cuestiones las cuales se regirán por la ley brasileña cuestiones estas que serán regidas por la ley brasileña"*.

Del contenido de ambas cláusulas, lo que se desprende es conforme señala la regla primera ya referida, la legislación que para ello debe aplicarse es la brasileña, tal como se acordó en la cláusula 1ª par. 2, pacto éste distinto al de la sentencia nº 427/2020 de 24 de septiembre de la Sección 9ª, al de la Sección 11 de la AP de Madrid, ni la de la Sección 11 12 de febrero de 2021 nº 51/2021 ambas de la A.P. de Madrid, al de la sentencia nº 436/2016 de 24 octubre, al de la sentencia núm. 398/2018 de 13 septiembre, dictada en el recurso de apelación nº 380/2018, de la Sección 11ª que no contienen una cláusula como la primera ya referida en que la construcción se regirá por la Ley nº 4.591/1964 de la república federativa de Brasil, que determina su aplicación, por así haberlo establecido las partes y debiendo analizarse las pretensiones aquí formuladas al amparo de dicha normativa, siendo la parte actora la que está obligada a portar su contenido, sin que nada haya hecho en tal sentido de que en la legislación brasileña se prevé el régimen de responsabilidad, que en la ley española se atribuye a las entidades bancarias que intervienen o participan en la adquisición de viviendas en construcción, por haber recibido en cuentas abiertas en ella, cantidades entregadas para la adquisición de las mismas, por lo que el motivo se estima, al no haberse acreditado que concurren los presupuestos de hecho y de derecho en que sustenta el demandante su reclamación.

Habiéndose sometido la edificación de la vivienda a que se refiere este pleito, conforme al sistema establecido en la ley brasileña nº 4.591/1964, por así haberlo establecido las partes y debiendo analizarse las pretensiones aquí formuladas al amparo de dicha normativa, el demandante, que es quien viene obligado a portar su contenido, nada ha hecho en tal sentido; por el contrario, de la prueba suministrada por la demandada se desprende que en la legislación brasileña no se prevé el régimen de responsabilidad, que en la ley española se atribuye a las entidades bancarias que intervienen o participan en la adquisición de viviendas en construcción, por haber recibido en cuentas abiertas en ella, cantidades entregadas para la adquisición de las mismas, por lo que la demanda debe ser desestimada, al no haberse acreditado concurren los presupuestos de hecho y de derecho en que sustenta el demandante su reclamación.

La estimación del motivo comporta la innecesidad de examinar el resto de los motivos y la revocación de la sentencia, desestimado la demanda.

TERCERO.- Dada la estimación del recurso no procede condena en costas en esta instancia, imponiendo las de la primera a la parte actora (art 394 y 398 de la LEC).

FALLO

1º.- Que estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de BANCO DE SANTANDER S.A., revocamos la sentencia nº 193/2022 de tres de mayo, dictada por el JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 58 DE MADRID, en su procedimiento ordinario nº 108/2021.

2º. - Desestimamos la demanda formulada por la representación procesal de D. Ruperto, D. Saturnino y D. Segundo, frente a Banco de Santander SA., a quien absolvemos de la demanda.

3º.- Las costas de la primera instancia se imponen a la parte actora.

4º.- Sin costas en esta instancia.

La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido por la parte apelante, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del



Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2.009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación, de conformidad con el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio, ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, que deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de VEINTE DIAS desde el siguiente al de la notificación de la sentencia.

Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición del mismo, deberá acreditar haber constituido el depósito que, por importe de 50 €, conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.