Roj: **SAP M 6330/2024** - **ECLI:ES:APM:2024:6330**

Id Cendoj: **28079370252024100523**
Órgano: **Audiencia Provincial**
Sede: **Madrid**
Sección: **25**
Fecha: **19/04/2024**
Nº de Recurso: **332/2023**
Nº de Resolución: **178/2024**
Procedimiento: **Recurso de apelación**
Ponente: **FRANCISCO RAMON MOYA HURTADO DE MENDOZA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigesimoquinta

C/ Santiago de Compostela, 100, Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2021/0146535

Recurso de Apelación 332/2023

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 772/2021

APELANTE Y DEMANDANTE: D. Carlos Francisco

PROCURADORA Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO

APELADA Y DEMANDADA: CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO

PROCURADORA Dña. MARTA UREBA ALVAREZ-OSSORIO

SENTENCIA Nº 178/2024

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO SR. PRESIDENTE:

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

ILMOS SRES. MAGISTRADOS:

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO

Siendo Magistrado Ponente D. FRANCISCO MOYA HURTADO

En Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veinticuatro.

La Sección Vigesimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 772/2021 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid a instancia de D. Carlos Francisco apelante - demandante, representado por la Procuradora Dña. MARIA DEL CARMEN ORTIZ CORNAGO contra CAJAMAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CREDITO apelada - demandada, representada por la Procuradora Dña. MARTA UREBA ALVAREZ-OSSORIO; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 17/10/2022.

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 17/10/2022, cuyo fallo es el tenor siguiente:

"QUE DESESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA presentada por DON Carlos Francisco representado por la procuradora doña Carmen Ortiz Ornago contra CAJA MAR CAJA RURAL SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO representada por la procuradora doña Marta Ureba Álvarez Osorio absuelvo a la demanda de las pretensiones formuladas contra ella.

Y con expresa condena de las costas causadas en este procedimiento a la parte actora.

Y sin hacer expresa condena de las costas causadas en este procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue admitido, dándose traslado de dicho recurso se presentó escrito de oposición al mismo por la parte demandada y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección formándose el correspondiente rollo de sala, *y, comparecidas las partes ante este tribunal,* se sustanció el recurso por sus trámites legales, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 11 de abril de 2024.

TERCERO.- Por la representación procesal de parte recurrida se presentó escrito remitido a esta Sección el 10 de abril 2024 con aportación de Sentencias dictadas por Secciones de esta Audiencia Provincial en asuntos semejantes, a meros efectos ilustrativos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Demandante recurre Sentencia desestimatoria de condena entidad bancaria a devolver cantidades entregadas a cuenta para adquisición de vivienda con fundamento en la Ley 57/1968, desestimación justificada por no tener finalidad de uso residencial la adquisición de vivienda por demandante en **Marruecos**.

SEGUNDO.- Las Sentencia recurrida dio respuesta a cuestión controvertida planteada por demandada recurrida, no ser aplicable Ley 57/1968 con el contenido del contrato del que trae causa la pretensión y la previsión establecida en art. 10.5 CC, motivo de oposición desestimado en Sentencia recurrida, con cita de Sentencias Audiencia Provincial que consideran de aplicación, por estar ante responsabilidad legal de entidad demandada y no contractual, el art. 10.9 CC *Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven,* y no el número 5 de aplicación a las obligaciones contractuales, pronunciamiento no recurrido ni impugnado por representación procesal parte demandada y que excluye, por ese motivo, cualquier valoración en apelación sobre dicha cuestión por haber sido aplicada norma de conflicto del derecho español para resolver controversia.

La aportación por parte recurrida de Sentencias dictadas por Secciones de esta Audiencia Provincial en asuntos semejantes, favorables a su oposición respecto de la no aplicabilidad de la Ley 57/1968 por ese motivo, incluida Sentencia de esta Sección de 12 de febrero 2024, no tienen ningún efecto vinculante para resolver lo planteado en esta segunda instancia, por no haber sido recurrida ni impugnada la interpretación realizada para determinar ley aplicable, cuestión no revisable conforme al contenido del art. 12.6 CC, aplicación de oficio por tribunales de normas de conflicto, por haber sido aplicada, conforme a lo expuesto en párrafo anterior, norma de conflicto del derecho español para resolver controversia, art. 10.9 CC, sin que por ello tenga legitimación esta Sección para revocar de oficio la conclusión expresada en Sentencia recurrida por no haber sido impugnada ni recurrida.

La aportación de Sentencias de esta Audiencia Provincial dictadas en asuntos semejantes, respecto del resto de cuestiones planteadas en instancia, no tienen efecto vinculante para resolver lo planteado, sin perjuicio de su posible valoración por su contenido público incluido en bases de datos.

TERCERO.- Demandante apelante discrepa de la no aplicabilidad de la Ley 57/1968 por no tener adquisición de vivienda finalidad de uso residencial.

La STS de 19 de febrero 2024 recuerda los indicios a tener en cuenta para valorar, en asuntos como el presente, adquisición de viviendas con finalidad distinta a la residencial, con el contenido siguiente " *TERCERO.- Es jurisprudencia constante de esta sala (p.ej. sentencias 587/2023, de 21 de abril , 529/2023, de 18 de abril , y 379/2022, de 5 de mayo , sobre viviendas de la misma promoción " DIRECCION000 ") que la Ley 57/1968 no es aplicable a quienes adquieran la vivienda con finalidad no residencial, sean o no profesionales, y que a*

estos efectos son factores o indicios que, en función de las circunstancias, pueden tenerse en consideración para apreciar la existencia de finalidad inversora, por lo que ahora interesa, el número de viviendas adquiridas de la misma promoción (p.ej. sentencias 460/2020, de 24 de junio , 385/2021, de 7 de junio , 573/2021, de 23 de julio , todas ellas citadas por la 379/2022 , y sentencia 52/2022, de 31 de enero); la condición de promotor o de persona vinculada con el sector inmobiliario del comprador (p.ej. sentencia 587/2023 , con cita de las sentencias 360/2016, de 1 de junio , 623/2020, de 19 de noviembre y 53/2022, de 31 de enero); que el comprador tuviera ya otras viviendas (p.ej. 529/2023, 379/2022, 52/2022, 573/2021, 385/2021); que el comprador guarde silencio en su demanda sobre la finalidad residencial de las compras (p.ej. sentencias 420/2016, de 24 de junio , 675/2016, de 16 de noviembre , 385/2021 , 573/2021 , 379/2022 y 587/2023); que las alegaciones posteriores de la parte demandante sean vagas, ambiguas, inconsistentes, en definitiva, "no determinantes" para excluir la intención inversora opuesta por el banco (sentencias 573/2021 , 53/2022 , 379/2022 y 587/2023); y, en fin, que en el contrato se incluya una cláusula que permita al comprador ceder su posición jurídica a terceros (p.ej. la mencionada sentencia 587/2023 , con cita de las también referidas sentencias 623/2020 , 385/2021 , 573/2021 y de la sentencia 27/2022, de 31 de enero)".

CUARTO.- La Sentencia recurrida afirma "*.... no se ha probado que el actor fuera inversor profesional o se dedique a la intermediación inmobiliaria. Tampoco se ha probado que adquiriera más de una vivienda en esa promoción aunque en las facturas requiriéndole de pago se consignara erróneamente el apartamento. Si efectivamente hubiera adquirido más de una vivienda, Caja mar podría haberlo probado aportando un extracto de los ingresos bancarios realizados en la cuenta en las que se reflejaran otros ingresos a cuenta....*".

No obstante lo indicado, se afirma que de las demás circunstancias concurrentes puede *deducirse* finalidad de inversión y no residencial, con referencia a las explicaciones dadas por demandante de la adquisición de vivienda en **Marruecos** y de otra en DIRECCION001 , finalidad justificada para convivir con su hija, régimen de visitas tras divorcio, por los problemas planteados por madre de la menor para esa convivencia fuera de España, demandante con residencia en el momento de la compra y de aplicación régimen de visitas en Nueva York.

Las explicaciones de demandante en demanda e interrogatorio de parte para justificar compra con finalidad residencial no fueron asumidas en resolución recurrida porque, se afirma, "*.... Si la intención de la adquisición de la vivienda era poder tener una residencia para poder visitar a su hija, lo lógico es que se adquiera la vivienda en una localidad cercana a la residencia de la menor y no en otro país....el pago se hizo el 14/12/2006, es decir, después de haber presentado la demanda de divorcio y haberse ratificado ambos cónyuges, cuando ya era conocedor de las reticencias de la madre,....Por otra parte, el actor nunca ha estado en **Marruecos**, ni conoce el país, ni tiene vinculación alguna con el mismo y por sus circunstancias personales ya expuestas es dudoso que fuera a utilizar la vivienda con fines residenciales.....*".

La inferencia realizada respecto de la adquisición con finalidad distinta a la residencial, con las premisas expuestas, no se comparte porque la adquisición de dos viviendas en lugares distintos fueron explicadas por demandante con remisión a las circunstancias concurrentes respecto del régimen de visitas con su hija, adquisición de dos viviendas en localidades distintas que aun de no existir las particularidades relatadas respecto del régimen de visitas, no permitirían establecer, a criterio de esta Sección, un enlace preciso y directo, art. 386 LEC, que permita concluir finalidad distinta a la residencial, inferencia tampoco asumible por existir una titularidad vigente en DIRECCION001 , titularidad no excluyente de un uso residencial y ocasional de vivienda adquirida en lugar distinto, que con las premisas expuestas anteriormente, no actividad inmobiliaria y adquisición de una sola vivienda en promoción, no permiten descartar de forma inequívoca la finalidad de adquisición para uso residencial.

QUINTO.- La responsabilidad ejercitada por demandante se sustentó en art. 1.2ª Ley 57/1968, cuyo contenido concreta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como recuerda la STS de 8 de febrero de 2021, al establecer "*.... la responsabilidad de las entidades de crédito fundada en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 nace del incumplimiento de su deber de control sobre los ingresos en cualesquiera cuentas del promotor (aunque ninguna sea la indicada en el contrato), siendo lo relevante si la entidad conoció o tuvo que conocer la existencia de esos ingresos a cuenta del precio de venta de viviendas sujetas a dicho régimen, lo que tiene lugar "en cuanto advierta la posibilidad de que se estén recibiendo cantidades a cuenta por la compra de viviendas" (sentencia 636/2017, de 23 de noviembre , citada por la referida sentencia 479/2020),...*".

Demandada apelada opuso falta de responsabilidad porque la titular de la cuenta en la que se hicieron los ingresos no era la promotora, las trasferencias e ingresos se hicieron por firma de abogados LEGALEX MARBELLA, SL, con indicación de concepto "FONDOS Carlos Francisco - DIRECCION002 ", premisas que no permiten inferir que demandada conociera que dichos ingresos eran a cuenta de la compra de viviendas a promotora para uso residencial.

Los motivos de oposición alegados, en concreto la realización de ingresos en cuenta por sociedad distinta a demandante, sin indicación suficiente de su origen y finalidad, como así se desprende de la documental aportada, hace de aplicación la conclusión expresada por Sentencia del Tribunal Supremo ante premisas coincidentes, Sentencia de 1 de marzo 2021 que establece "*.... 3.ª) Esta doctrina es plenamente aplicable en el presente caso, porque de nuevo la sentencia ahora recurrida establece la responsabilidad de CRC sin ponderar debidamente la relevancia del hecho de que* ***los ingresos*** *por importe total de 40.125 euros* ***no se hicieran por los compradores sino por un tercero,*** *en concreto una sociedad mercantil (OM)* ***, sin dar razón suficiente de que se correspondieran con anticipos de compradores de viviendas protegidos por la Ley 57/1968****. Por tanto, también en este caso la falta de justificación aparente para prescindir de la cuenta indicada en el contrato y para que los pagos se hicieran en una cuenta distinta, y además por una sociedad y no por los propios compradores de las viviendas en construcción, que de este modo no podían ser identificados por la hoy recurrente como tales (es decir, como titulares de los derechos irrenunciables de la Ley 57/1968), son razones bastantes para excluir la responsabilidad legal fundada en el art. 1-2.ª de la Ley 57/1968 ....*", criterio aplicado por esta Audiencia Provincial en asuntos semejantes al aquí analizado, misma promoción, Sentencias Sección 8 de 15 de enero 2024 y de Sección 14 de 21 de julio 2023.

Las razones expresadas, no permiten estar en presencia de pruebas que permitan inferir conocimiento por demandada del origen y destino de ingresos y que llevan a desestimar la demanda por razones distintas de las expresadas en la resolución recurrida, motivos que llevan a estimar parcialmente el recurso de apelación y a desestimar la demanda.

SEXTO.- La desestimación de la demanda lleva a imponer costas de primera instancia a demandante, art. 394 LEC.

La estimación parcial del recurso de apelación, por haber sido estimado motivo de apelación, lleva a no imponer costas apelación, art. 398 LEC, con devolución recurrente depósito constituido para recurrir.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey. Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLAMOS

Estimar parcialmente recurso de apelación presentado por representación procesal de don Carlos Francisco , contra Sentencia de 17 de octubre 2022 dictada por juzgado de 1ª instancia 63 de Madrid, juicio ordinario 772/2021, resolución que se revoca parcialmente con desestimación de la demanda por las razones expresadas en la presente resolución, con imposición de costas primera instancia a demandante, sin imposición de las causadas en alzada y devolución recurrente depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta Sentencia, en legal forma, a las partes haciéndoles saber, conforme preceptúa el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 208.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la misma no es susceptible de recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra ella puedan interponerse, si concurriere alguno de los supuestos previstos en los artículos 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el extraordinario de casación, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación.

Dicho recurso extraordinario que habrá de interponerse, ante este mismo tribunal, mediante escrito con el contenido prevenido en el artículo 481 de la Ley Procesal, que habrá de ir precedido de la **CARÁTULA** a que se refiere el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2023 (BOE de 21 de septiembre de 2023) -que se encuentra a disposición de los profesionales en la página web del Consejo General del Poder Judicial para su descarga-, y al que se acompañarán los documentos prevenidos en el apartado 1-3 del reseñado Acuerdo.

Asimismo, habrá de acompañarse, en su caso, justificante de la previa constitución, del **DEPÓSITO** para recurrir, de cincuenta euros, previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en la entidad Banco Santander, Oficina número 6114, sita en la calle Ferraz número 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0332-23, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Firme esta resolución, devuélvanse las actuaciones originales de primera instancia al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, y tomándose las oportunas notas en los libros de registro de esta Sección.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ