

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoquinta
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035
Tfno.: 914933866
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0193125

Recurso de Apelación [REDACTED]/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 103 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario [REDACTED]/2019

APELANTE Y DEMANDADA: BANCO [REDACTED]
SA

PROCURADOR Dña. [REDACTED]

APELADA Y DEMANDANTE: Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D. [REDACTED]

SENTENCIA N° 268/2021

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMO. SR. PRESIDENTE:

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a ocho de julio de dos mil veintiuno.

La SECCIÓN VIGESIMOQUINTA (CIVIL) de la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, integrada por su PRESIDENTE, Francisco Moya Hurtado, y por los MAGISTRADOS Ángel-Luis Sobrino Blanco y Carlos López-Muñiz Criado, HA VISTO, en grado de apelación y en segunda instancia, el PROCESO DECLARATIVO, sustanciado POR RAZÓN DE LA



CUANTÍA conforme a los trámites del JUICIO ORDINARIO, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CIENTO TRES de los de MADRID, en el que fue registrado con el NÚMERO [REDACTED] (ROLLO DE SALA NÚMERO [REDACTED]), que versa sobre cumplimiento de obligación legal de garantía, y en el que son PARTE: como APELANTE y DEMANDADA, la entidad mercantil «BANCO [REDACTED], SOCIEDAD ANÓNIMA», defendida por la letrada doña [REDACTED] XXXXXXXX y representada, ante los tribunales de primera y de segunda instancia, por la procuradora doña [REDACTED]; y como APELADO y DEMANDANTE, DOÑA [REDACTED] defendida por el letrado don Manuel María Martín Jiménez y representada, ante los órganos judiciales de primer grado y de alzada, por el procurador don [REDACTED].

Y actuando como PONENTE el magistrado Ángel-Luis Sobrino Blanco, por quien, previa la preceptiva y oportuna deliberación y votación, se expresa el parecer y la decisión de la SALA, procede formular los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO, FUNDAMENTOS DE DERECHO y FALLO:

I.- ANTECEDENTES DE HECHO:

SE ACEPTAN los de la SENTENCIA de primera instancia y,

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número Ciento tres de Madrid dictó, en fecha diecinueve de octubre de dos mil veinte, en el PROCESO DECLARATIVO seguido como JUICIO ORDINARIO bajo el número de registro [REDACTED]/2019, SENTENCIA DEFINITIVA con los PRONUNCIAMIENTOS contenidos en su FALLO, que es del siguiente tenor literal:

«...Que estimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia de DOÑA [REDACTED] x representada por el Procurador D. [REDACTED] contra BANCO [REDACTED] SA representada por la procuradora Da. [REDACTED] debo condenar y condeno a la entidad [REDACTED] a abonar a la parte demandante la suma de 18 700 euros (dieciocho mil setecientos euros) y a los intereses legales de dicha suma desde el día en que fueron abonados. Con condena en costas a la parte demandada...».

SEGUNDO.- La anterior SENTENCIA fue rectificada por medio de AUTO dictado en fecha



veintisiete de noviembre de dos mil veinte, que incluye la siguiente PARTE DISPOSITIVA:

«...Corregir el fallo de la sentencia dictada en los autos de juicio ordinario 1083-19, en el sentido de condenar en a Banco de [REDACTED] a las cantidades que constan en el fallo y no [REDACTED]...».

TERCERO.- La representación procesal de la entidad demandada, «BANCO [REDACTED] SA», interpuso, en tiempo y forma legal, y previa consignación como DEPÓSITO de la suma legalmente establecida de CINCUENTA EUROS, RECURSO DE APELACIÓN, para ante esta AUDIENCIA PROVINCIAL, contra la precedente SENTENCIA, mediante escrito en el que solicita que, por la SALA correspondiente del TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DE ALZADA, se dicte sentencia por la que, revocando la recurrida, desestime la demanda interpuesta contra la recurrente con todos los pronunciamientos a ello inherentes.

CUARTO.- La representación procesal de la demandante, doña [REDACTED] dentro del término legal conferido al efecto, formuló OPOSICIÓN al precedente RECURSO DE APELACIÓN, interpuesto de adverso, por medio de escrito en el que solicita que, por la SALA del TRIBUNAL DE SEGUNDO GRADO, se dicte sentencia desestimando el recurso y confirmando la sentencia.

QUINTO.- Elevadas las actuaciones a esta AUDIENCIA PROVINCIAL para la resolución del recurso de apelación interpuesto, correspondió su conocimiento por turno de reparto a esta SECCIÓN VIGESIMOQUINTA, en la que se formó el correspondiente ROLLO DE SALA, y, una vez transcurrido el término legal de emplazamiento conferido a las partes, y comparecidas éstas ante este TRIBUNAL DE ALZADA, por el PRESIDENTE de la SECCIÓN se dispuso señalar, para el examen, deliberación, votación, decisión y fallo del meritado recurso, la audiencia del día treinta de junio de dos mil veintiuno, en que tuvieron lugar.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La pretensión, formulada en la demanda inicial, que constituye el objeto del proceso al que la presente alzada se contrae —tal y como queda definida e individualizada mediante la PETICIÓN concretada en el SUPLICO del escrito de demanda y el conjunto de



hechos esenciales, con trascendencia jurídica, alegados en la FUNDAMENTACIÓN de dicho escrito como base para el logro de la consecuencia jurídica petitionada, delimitando la CAUSA DE PEDIR invocada—, persigue, en definitiva, exigir de la entidad bancaria demandada el cumplimiento de la obligación de garantía, que para ella derivaba de la normativa protectora recogida en la Ley 57/1968, de responder de los anticipos ingresados o transferidos por la actora, como compradora de una vivienda en construcción destinada a domicilio o residencia familiar en virtud de contrato suscrito en fecha 11 de septiembre de 2006, a una cuenta del promotor abierta en dicha entidad bancaria.

SEGUNDO.- La primera cuestión que ha de ser examinada es la relativa a la aplicabilidad de la Ley 57/1968 al contrato concluido por la actora, al tener por objeto un inmueble ubicado en Marruecos.

Al respecto, ha de señalarse que al no resultar de aplicación el REGLAMENTO (CE) N.º 593/2008 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (REGLAMENTO DE ROMA I), por ser posterior al contrato, habrá de estarse a lo establecido por el artículo 10.5 del Código Civil, conforme al cual “...*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, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen...”.

En base a ello, tratándose de un contrato celebrado en España y entre nacionales españoles —doña [REDACTED] y la entidad «[REDACTED] SL»—, en el que ambas partes estipularon explícitamente, en su artículo 16, el derecho aplicable al contrato, mediante su sumisión expresa a la jurisdicción de los Tribunales de Madrid, ha de concluirse que la voluntad expresa, y clara, de las partes fue someter el contrato a la Ley Española. Y esta sumisión determina imperativamente, dado el carácter de irrenunciables que su artículo 7 reconocía a los derechos otorgados, la aplicabilidad a dicho contrato de las disposiciones



de la Ley 57/1968.

TERCERO.- La Ley 57/1968, de 27 de julio, tiene por objeto la protección, con alcance imperativo, de los compradores de viviendas en construcción destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente, bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial.

Como recuerda la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2016, para gozar de la especial protección que dispensa la Ley 57/1968 no se exige en el comprador la condición de consumidor, ya que la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de los compradores de viviendas en construcción para un fin residencial, esto es, la protección de las personas que han puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda —bien generalmente esencial para la vida—, que está en fase de planificación o construcción, para destinarla a un fin residencial.

Y, en este sentido —precisa la reseñada Sentencia del Alto Tribunal— la referencia efectuada por la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación a “toda clase de viviendas” 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, 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 comprenden, 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. Y, por tanto, como precisó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa protectora los compradores de viviendas con una finalidad inversora (esto es, como inversión o para revender), ya sea el comprador inversor profesional o no profesional.

CUARTO.- La finalidad inversora o especulativa constituye un presupuesto fáctico que — como hecho excluyente— corresponde acreditar a la parte demandada, conforme a las reglas



que, al respecto, derivan de lo establecido por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De este modo, para excluir la aplicación de la Ley especial, corresponde a la parte demandada la carga de acreditar que la finalidad perseguida por la parte actora, al adquirir la vivienda en construcción en cuestión, era revenderla a un tercero, bien durante el proceso de edificación, bien al finalizar el mismo. Acreditación que, en el supuesto enjuiciado, no ha se producido, en absoluto; ni por vía directa, ni por vía indirecta o presuntiva, por cuanto el mero hecho de ser, o haber sido, titular registral de otras viviendas —cuya concreta ubicación y cuyas características resultan desconocidas, al no haberse alegado, ni acreditado, nada al respecto— no constituye, por sí solo, un hecho indiciario bastante y suficiente para poder inferir, racional y razonablemente, y de modo concluyente e inequívoco, como consecuencia lógica, según las reglas del criterio humano, la certeza de la finalidad especulativa de la concreta adquisición en cuestión, al no poder excluirse —máxime teniendo en cuenta la ubicación de la vivienda objeto de litis en una localidad de la costa marroquí que es conocida, de forma notoria, como “la perla azul”— la finalidad residencial de la adquisición para su uso personal, aunque fuera ocasional, como residencia vacacional.

Esta insuficiencia probatoria impide, por tanto, desvirtuar el sometimiento de la adquisición de la vivienda en construcción objeto de la litis, a la normativa protectora de la Ley 57/1968.

QUINTO.- En virtud de dicha normativa protectora se reconoce, en primer término, a los compradores incluidos en su ámbito de protección, la facultad de instar la resolución del contrato por la falta de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda, una vez expirado el respectivo plazo contractual expresamente establecido al efecto.

En segundo término, se impone, a las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de tales viviendas, la obligación esencial de garantizar, la devolución de todas las cantidades —incluidas, en su caso, las destinadas a la adquisición de los terrenos para la edificación— anticipadas por los compradores a cuenta del precio, más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue



a buen fin en el plazo convenido.

En tercer lugar, se impone a los promotores la obligación de percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes mediante su correspondiente ingreso —y depósito— en una cuenta bancaria especial —“sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor- vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales”, según precisaron las Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero y 30 de abril de 2015—. Especialidad que deriva de venir destinada al depósito de las cantidades anticipadas por los compradores, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, y de tener limitada la disposición de sus fondos a las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Unida a esta obligación legal de garantía, de carácter esencial, y con idéntica finalidad de garantizar el derecho de los compradores a la devolución de las cantidades anticipadas —derecho que, como todos los reconocidos por la propia Ley, a los compradores tiene carácter de irrenunciable—, se impone, a las entidades bancarias, al proceder a la apertura de la cuenta especial, la obligación de exigir, “bajo su responsabilidad”, al promotor, la existencia de aquella garantía.

La expresión “bajo su responsabilidad” que incluye el precepto implica, indudablemente, que, si no exige la existencia de la garantía o si abre la cuenta a pesar de constarle su falta de existencia, habrá de responder de las consecuencias perjudiciales que se le originen a la persona que hizo el ingreso, y que en definitiva hubiera sido el beneficiario de la garantía. Es decir, que sí, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, ésta no puede hacerse por falta de garantía, la entidad bancaria habrá de responder de los anticipos que se ingresen o transfieran a una cuenta del promotor en dicha entidad, que se convierte, así, por expresa disposición legal, en garante subsidiario.

SEXTO.- En el supuesto enjuiciado, los elementos probatorios aportados al proceso permiten afirmar, con la debida y necesaria certeza —como, en definitiva, viene a concluir la sentencia apelada— que la demandante hizo entrega, para pago del precio de la vivienda en construcción que adquiriría —fijado, conforme a lo estipulado en el contrato en un total de 72 106,13 euros—, de la suma de 18 700,00 euros. Suma que fue ingresada en la cuenta



número 0049 0151 211 0908743, abierta a nombre de la entidad «[REDACTED] SL», entidad que —no se cuestiona— pertenecía al mismo grupo inversor que la promotora, «[REDACTED], SA», de nacionalidad marroquí, y que era, en última instancia, quien operaba en España por cuenta de dicha promotora.

Debiendo tenerse presente, en este punto, en primer término, que, como ya estableció la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en la cuenta especial es una obligación que legalmente se impone al vendedor. Y, en segundo término, que resulta totalmente irrelevante que en la correspondiente cuenta de clientes de la contabilidad de la entidad demandada se hicieran constar los ingresos efectuados de forma fraccionada o conjunta, por cuanto a los efectos meramente contables lo determinante es el importe total ingresado por el cliente.

Asimismo, los elementos probatorios aportados al proceso permiten afirmar que en la reseñada cuenta bancaria se ingresaban cantidades a cuenta del precio de otros inmuebles de la misma promoción, como cabe inferir del documento número Dos de los acompañados a la demanda.

SÉPTIMO.- Partiendo de los anteriores presupuestos fácticos, y teniendo en cuenta que es un hecho no controvertido, en absoluto, que la promoción en la que se incluía la vivienda litigiosa no llegó a concluirse en el tiempo convenido; que no se ha acreditado, en modo alguno, que por la entidad «[REDACTED], SL» se hubiere constituido la garantía legalmente exigida para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores — obligación que, por otra parte, había asumido expresamente conforme al artículo 9 del contrato—; y que tampoco se ha justificado por la entidad bancaria demandada —a quien indudablemente incumbía la correspondiente carga probatoria— la existencia de la garantía legalmente establecida, ni el cumplimiento, por su parte, de su obligación legal de exigir al promotor, la existencia de aquella garantía; procede afirmar, indudablemente, la obligación —de carácter legal— que pesa sobre la entidad bancaria demandada de reintegrar a la actora la suma total objeto de reclamación en la demanda inicial —18 700,00 euros—, pues, como cabe inferir de la doctrina establecida por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015, la responsabilidad que el artículo 1-2.^a de la Ley



57/1968 impone a la entidad de crédito deriva, en definitiva, de que ésta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción y tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en aquella responsabilidad específica.

OCTAVO.- Esta obligación legal que corresponde a la entidad demandada se extiende, por imperativo de lo establecido por los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968 y por la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, en su redacción aplicable al caso por razones temporales, anterior a la derogación de la Ley 57/1968 —como precisó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2016—, a “los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución” de las sumas entregadas; por lo que es evidente que el término inicial del devengo ha de venir determinado por el momento de la entrega de las sumas a devolver; resultando irrelevante el hecho del tiempo transcurrido desde la realización de las aportaciones y la iniciación de la presente reclamación, por cuanto se trata del cumplimiento de una obligación legal que se exige dentro del plazo de prescripción de la acción correspondiente —extremo no cuestionado, ni controvertido, en el proceso—.

NOVENO.- Por todo lo precedentemente expuesto, procede confirmar en su integridad los pronunciamientos efectuados por la sentencia apelada, con la consiguiente desestimación del recurso de apelación interpuesto y expresa imposición a la entidad recurrente de las costas originadas en esta alzada, de conformidad con lo prevenido por el artículo 398.1, en relación con el 394, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMO.- De igual modo, la desestimación del recurso determina, asimismo, de conformidad con lo prevenido por el apartado número Nueve de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la condena de la entidad recurrente a la pérdida del depósito en su día constituido para su interposición, al que se dará el destino legalmente establecido.

III. - FALLO:



Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español, LA SECCIÓN VIGESIMOQUINTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, HA DECIDIDO:

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil «[REDACTED], SOCIEDAD ANÓNIMA» contra la SENTENCIA de fecha diecinueve de octubre de dos mil veinte —rectificada por medio de AUTO de fecha veintisiete de noviembre de dos mil veinte—, dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CIENTO TRES de los de MADRID, en el PROCESO DECLARATIVO sustanciado por los trámites del JUICIO ORDINARIO ante dicho ÓRGANO JUDICIAL bajo el NÚMERO DE REGISTRO [REDACTED]/2019 (ROLLO DE SALA NÚMERO [REDACTED]/2021), y en su virtud,

PRIMERO.- CONFIRMAR, en su totalidad, los pronunciamientos efectuados por la meritada SENTENCIA apelada, consignados y sancionados en su FALLO o PARTE DISPOSITIVA.

SEGUNDO.- CONDENAR a la expresada entidad apelante, «BANCO [REDACTED] SOCIEDAD ANÓNIMA», al pago de las COSTAS originadas en esta alzada.

TERCERO.- CONDENAR, asimismo, a la mencionada entidad recurrente, «BANCO [REDACTED] SOCIEDAD ANÓNIMA», a la pérdida del DEPÓSITO en su día constituido para la interposición del recurso, al que se dará el destino legalmente establecido.

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 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los extraordinarios de CASACIÓN o por INFRACCIÓN PROCESAL, para ante la SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el día siguiente a su notificación; recurso extraordinario que habrá de interponerse ante este mismo tribunal, previa constitución, en su caso, 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 BANCO DE [REDACTED], sita en la calle Ferraz número 43, 28008 Madrid, con el NÚMERO DE CUENTA [REDACTED], 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, tomándose las oportunas notas en los libros de registro de esta SECCIÓN.

Así, por esta SENTENCIA de la que se pondrá certificación literal en el ROLLO de su razón, incluyéndose el original en el LIBRO DE SENTENCIAS, definitivamente juzgando, lo pronuncia y manda la SALA y firman los MAGISTRADOS, Francisco Moya Hurtado (PRESIDENTE), Ángel-Luis Sobrino Blanco y Carlos López-Muñiz Criado, que la han constituido.—



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia dictada en apelación 465 firmado electrónicamente por ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO, CARLOS LÓPEZ-MUÑIZ CRIADO, FRANCISCO MOYA HURTADO