



Roj: SAP BU 223/2014 - ECLI:ES:APBU:2014:223
Id Cendoj: 09059370032014100047
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Burgos
Sección: 3
Nº de Recurso: 45/2014
Nº de Resolución: 79/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00079/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : SEN000

N.I.G.: 09059 42 1 2013 0001193

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000045 /2014

Juzgado procedencia : JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000101 /2013

RECURRENTE : CAIXABANK SA

Procurador/a : MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE

Letrado/a : FERNANDO OLANO MOLINER

RECURRIDO/A : Fidela , Carlos María , Ángel Jesús , Milagros , Salome , Baltasar , Cosme , María Rosario , Fausto , Horacio

Procurador/a : , , , , , , , , JESUS MIGUEL PRIETO CASADO

Letrado/a : , , , , , , , , IGNACIO PEREZ MAZUELAS

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados **DON JUAN SANCHO FRAILE** , Presidente, **DON ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA Y DON ROGER REDONDO ARGUELLES**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 79

En Burgos a diecinueve de Marzo de dos mil catorce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de BURGOS, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000101 /2013, procedentes del JDO.DE 1A.INSTANCIA N.4 de BURGOS, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000045 /2014, en los que aparece como parte apelante, la demandada-apelante, CAIXABANK SA, representada por el Procurador de los tribunales, Sra. MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE, asistido por el Letrado Sr. FERNANDO

OLANO MOLINER, y como parte apelada, Fidela don Carlos María , don Ángel Jesús , doña Milagros , doña Salome , don Baltasar , don Cosme , doña María Rosario , don Fausto , y don Horacio , representados por el Procurador de los tribunales, Sr. JESUS MIGUEL PRIETO CASADO y asistidos por el Letrado Sr. IGNACIO PÉREZ MAZUELAS sobre reclamación cantidad. Siendo Magistrado Ponente, don ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Prieto Casado en nombre y representación de D^a Fidela , D. Carlos María , D. Ángel Jesús , D^a Milagros , D^a Salome , D. Baltasar , D. Horacio , Cosme , D^a María Rosario y D. Fausto , frente a CAIXABANK, S.A, representado por la Procuradora Sra. Santamaría Alcalde, debo declarar y declaro la responsabilidad de la demandada frente a los demandantes por incumplir las obligaciones legales predicables de la condición de depositaria de las cantidades ingresadas para la construcción de vivienda en la cuenta N° 2018 0097 33 3050001727 COOP. MIRABUENO RESIDENCIAL EL ARENAL, al no exigir la apertura de seguro o línea de avales prevista en la **Ley 57/68**, de 27 de julio, que regula percepción de cantidades anticipadas en su construcción y venta, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes por la representación de Caixabank S.A., se presentó escrito preparando recurso de apelación, que posteriormente formalizó, mediante otro escrito, dentro del término que le fue concedido al efecto. Y dado traslado, presentó escrito de oposición a dicho recurso dentro del plazo que le fue concedido, acordándose por el Juzgado, la remisión de los autos a la Audiencia Provincial de Burgos, habiendo correspondido en el reparto general de asuntos, a esta Sección Tercera de la Audiencia Provincial.

3º: Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 18-3- 2014 en que tuvo lugar.

4º: En la tramitación del presente recurso se han observado las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los demandantes ingresaron en una cuenta corriente abierta a nombre de la Cooperativa de viviendas Mirabueno una serie de cantidades que estaban destinadas a la participación en la promoción que la citada cooperativa pensaba llevar a cabo en la localidad de Arcos de la Llana (Burgos), y que ni tan siquiera ha comenzado. Se formula demanda contra la entidad bancaria en súplica de que se declare su responsabilidad por la falta de aval que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta. La sentencia estima la demanda.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recuso se alega que la cuenta en la que se ingresaron las cantidades no es la cuenta especial a la que se refiere la **Ley 57/1968**.

El artículo 1 de la **Ley 57/1968** de 27 de julio sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas dispone:

"Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera.- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, 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, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior".

La condición segunda establece claramente la responsabilidad en la que pueden incurrir las entidades financieras en las que se ingresen las cantidades anticipadas si no exigen al promotor el correspondiente seguro o aval. Así se desprende de la mención "bajo su responsabilidad", no pudiendo comprenderse que se utilice tal advertencia si la falta de aval o seguro no supone responsabilidad alguna. La frase significa que la entidad financiera debe exigir en el momento de la apertura de la cuenta o depósito la existencia del aval. Si no lo exige, o si abre la cuenta a pesar de constarle su falta de existencia, habrá de responder de las consecuencias perjudiciales que se siguen para la persona que hizo el ingreso, y que en definitiva hubiera sido el beneficiario de la garantía. No quiere decir que sea la entidad financiera la que deba proceder a avalar la devolución de las cantidades; pues avalista puede ser cualquier entidad que reúna los requisitos establecidos en la condición primera. Tampoco la responsabilidad se sigue necesariamente por la mera apertura de la cuenta sin aval, pues la responsabilidad surgirá cuando el comprador quiera que le devuelvan su dinero. Pero si, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, esta no puede hacerse por falta de garantía, habrá de responder la entidad bancaria en la que se hizo el ingreso. Por eso es posible abrir sin aval la cuenta donde se ingresan los anticipos, pero será a riesgo de la entidad financiera, lo que significa la frase "bajo su responsabilidad". Esta ha sido la interpretación de la sentencia de la sección segunda de esta Audiencia Provincial en la sentencias de 20 de junio y 25 de octubre de 2012.

La parte apelante niega la existencia en este caso de una cuenta especial en la que se hacían los ingresos. Sin cuenta especial -dice- no puede exigirse la responsabilidad conforme a la condición segunda del artículo 1, pues la garantía solo debe exigirse en el momento de la apertura de una cuenta especial.

No estamos conformes con la interpretación que hace la parte apelante. Cuenta especial para el caso de las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas será una cuenta abierta a nombre del promotor en la que se ingresan solamente las cantidades aportadas por los compradores. Es especial por el origen del los fondos, pues no pueden ingresarse otros fondos del promotor, y es especial por el destino, porque de las cantidades ingresadas solo puede disponerse para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Ahora bien, que no se trate de una cuenta especial porque al final se mezclen fondos de procedencia diversa, o porque se atiendan pagos distintos, no exonera de responsabilidad a la entidad financiera. De seguirse otra interpretación resultaría que la entidad financiera, a la que puede ser imputable la falta de control sobre el origen y el destino de los fondos ingresados en la cuenta, respondería solo en caso de cumplirse los requisitos que califican una cuenta como especial, y no respondería si se incumplieren las obligaciones de supervisión sobre la procedencia y destino de los fondos ingresados. Para que surja la responsabilidad de la entidad financiera debe bastar la constancia de que el dinero ingresado son cantidades anticipadas para financiar la construcción de viviendas.

En el recurso de Caixabank se alega que no se dan las circunstancias que han llevado en otras ocasiones a calificar este tipo de cuentas como especial, porque en este caso la promoción ni tan siquiera se llegó a empezar, ni se llegó a formalizar un préstamo a la construcción, ni hubo financiación de la Caja dirigida a la construcción de las viviendas.

El recurso se desestima porque la **ley** no exige nada de esto para que exista la obligación de avalar. Por el contrario el artículo 1 de la **Ley 57/1968** prevé el supuesto de que los futuros compradores entreguen cantidades antes de iniciarse la construcción, o durante la misma, y el artículo 2 obliga a la devolución en el caso de que la construcción no llegue a iniciarse, con lo cual se contempla el supuesto normal de que el promotor o la cooperativa de viviendas reciba las primeras cantidades de los futuros compradores en los primeros estadios de la promoción, que es al parecer lo que aquí ha sucedido.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso tiene que ver con la finalidad inversora que se atribuye a los demandantes, lo que excluiría la protección de la **ley**. El motivo se desestima pues no se ha acreditado este carácter inversor. Algunos de los actores han aceptado en la prueba de su interrogatorio que pensaban comprar la vivienda para sus hijos, pero esto no les convierte en inversores. El artículo 1 de la **Ley 57/1968** comprende dentro de su ámbito de protección tanto las viviendas destinadas a residencia familiar permanente como a las de temporada, por lo que el ámbito objetivo de aplicación de la **ley** es más amplio que el que pudiera pensarse como destinado a la protección exclusivamente de las viviendas destinadas a residencia de carácter permanente. También debe serlo el ámbito subjetivo, y teniendo en cuenta que el supuesto de vivienda destinada a residencia familiar se cumple de la misma forma cuando la vivienda es para el comprador o para sus hijos. La condición de inversor del comprador se da cuando este lo que pretende es lucrarse con la reventa; pero precisamente esta finalidad está en principio excluida en las cooperativas de viviendas, donde cada uno de los socios adquiere para sí, y no puede transmitir sus derechos de socio sin previo consentimiento de la Cooperativa (artículo 121 LCCL).



CUARTO.- En tercer lugar se alega la prescripción de la acción para exigir responsabilidad a la entidad bancaria. Se trata de una cuestión nueva ya que no se alegó en la contestación de la demanda, y que por lo tanto no puede examinarse en esta alzada por no ser apreciable de oficio.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso se imponen a la parte apelante las costas causadas en esta alzada (artículo 398.1 LEC).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recuso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Concepción Santamaría Alcalde contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Burgos en los autos de juicio ordinario 101/2013 se confirma la misma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, **no** tificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ