



Roj: SAP BU 684/2014 - ECLI:ES:APBU:2014:684
Id Cendoj: 09059370032014100151
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Burgos
Sección: 3
Nº de Recurso: 208/2014
Nº de Resolución: 223/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JUAN FRANCISCO SANCHO FRAILE
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00223/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

Modelo : 001370

N.I.G.: 09059 42 1 2013 0004940

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000208 /2014

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000439 /2013

RECURRENTE: CAIXABANK SA

Procuradora: MARIA CONCEPCION SANTAMARIA ALCALDE

Letrado: JESUS RIESCO MILLA

RECURRIDO: Africa

Procurador: MIGUEL ANGEL ESTEBAN RUIZ

Letrada: SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados, **D. JUAN SANCHO FRAILE**, Presidente, **D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA** y **Dª MARÍA ETHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente.

S E N T E N C I A Nº 223.

En Burgos, a uno de octubre de dos mil catorce.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 208 de 2.014, dimanante del Procedimiento Ordinario nº 439/13, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, sobre declaración de incumplimiento, reclamación de cantidad y otros extremos, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 31 de marzo de 2014, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandante-apelada, **Dª Africa**, representada por el Procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruiz y defendida por la Letrada Dª Susana Santamaría Santamaría; y, como demandada-apelante, la mercantil "**CAIXABANK**,

S.A. , representada por la Procuradora D^a Concepción Santamaría Alcalde y defendida por el Letrado D. Jesús Riesco Milla. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN SANCHO FRAILE, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente Fallo: "Estimar la demanda formulada por la representación procesal de DOÑA Africa contra "CAIXABANK, SA" y, en su consecuencia: 1º) Declarar que la entidad demanda ha incumplido la obligación impuesta por el artículo 1-2 de la **Ley 57/1968** y la disposición adicional primera de la **Ley 38/1998** al no haber exigido a la empresa "MD SOLIDEL, SL" en su condición de gestora de la "COOPERATIVA DE VIVIENDAS SOMOSIERRA DEL DUERO", y con referencia a la promoción de viviendas "Fuentecillas S-7" en Burgos - de la cual fue socia cooperativista e integrante la demandante - el haber garantizado el reintegro de las cantidades abonadas por la demandante como anticipos para la adquisición de una vivienda en tal promoción y que fueron ingresadas en la cuenta abierta en la sucursal de la demandada urbana de Burgos nº 16 y que lleva el nº 2018-0098-83-3050000529, y ello para el caso que la construcción de tal vivienda no se iniciase o la misma no se entregase a la demandante en el plazo pactado, ora mediante un aval solidario otorgado por un banco o caja de ahorros ora mediante la suscripción de un seguro con una entidad aseguradora que garantice tal reintegro en el supuesto referido; 2º) Que como consecuencia de lo anterior la entidad demandada responde frente a la demandante del reintegro de las cantidades por ella abonadas como anticipos para la adquisición de viviendas en tal promoción y que fueron ingresadas en la referida cuenta, de la misma forma que respondería la entidad que hubiera concedido las garantías exigidas por **Ley**, esto es la entidad bancaria que hubiera otorgado el aval solidario o la entidad aseguradora con la cual se hubiera suscrito el seguro, teniendo la demandante frente a la actora los mismos derechos que tendría como beneficiaria de tales garantías en caso de haberse concedido. 3º) Condenar como consecuencia de lo anterior a la demandada a abonar a la actora la suma de **32.154 euros** que ingresó en la citada cuenta como anticipos para la adquisición de una vivienda en la mentada promoción, y que no ha sido construida ni entregada en el plazo previsto, y ello con más el interés legal del dinero vigente en cada momento desde la fecha en que se efectuaron los ingresos o imposiciones y hasta la de la presente sentencia, a partir de la cual tal interés se incrementará en dos puntos, y ello hasta su completo pago. Todo ello, con expresa imposición de las costas del juicio a la entidad demandada".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la demandada "CAIXABANK, S.A." se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a la parte contraria, para que en el término de diez días presentase escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, lo verificó en tiempo y forma, oponiéndose al recurso mediante el correspondiente escrito que consta en las actuaciones; 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.

3.- Recibidos los autos y formado el correspondiente Rollo de Sala, se turnó de ponencia, señalándose para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2.014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por la representación de la parte demandada y apelante, Caixabank, S.A., se impugna la sentencia de instancia pretendiendo en esta alzada su revocación y se desestime íntegramente la demanda con imposición de las costas procesales de primera instancia a la parte demandante.

La parte apelante alega, como motivo de impugnación de la sentencia recurrida, la relación de hechos probados, relevantes para la decisión del recurso; y error de hecho de la resolución recurrida, que subdivide en diversos apartados.

1. El alta de la demandante en la Cooperativa.

La demandada desconoce el contrato de reserva o compraventa de una vivienda en la promoción "Fuentecillas S-7" de Burgos y sus condiciones, pues no se aporta con la demanda; ni a qué corresponden las cantidades entregadas por la demandante en la cuenta abierta por la Cooperativa en Caja de Burgos.

2. Solicitud de baja de la demandante en la Cooperativa. Se admite como fechada el 18 de marzo de 2.013 -años después de que se frustrara la promoción por inviable, 2.008; sin que conste aceptada como justificada -se admite por la actora que no recibió respuesta- y sus eventuales consecuencias jurídicas -ex artículos 17-2 LGC 89.5 LGC y 118.6 LCC y L-.

Para la parte apelada, éstas, son cuestiones incontrovertidas, pues se detallan por la propia parte apelante, conforme a la documental ofrecida por la parte actora.

En realidad, la propia parte apelante delimita el objeto de debate y el de su oposición en la Alegación Primera - concurrencia de los presupuestos establecidos en la condición 2ª del artículo 1º de la **Ley 57/1968**, y la naturaleza de la cuenta abierta en Caja Burgos, con las consecuencias jurídicas correspondientes-.

Por eso, la sentencia no trata específicamente de aquellas cuestiones, y parte, correctamente, de la consideración de socia de la actora y la realización de ingresos para la promoción de una vivienda, en reserva o compraventa, en la cuenta litigiosa.

En la contestación a la demanda no se plantean estas cuestiones ni en tales términos. Es más, a la demandante, se la atribuye la condición de socio. En el apartado 3, folio 130, se alude a "la demandante y la Cooperativa en la que ingresó como socio...".

Segundo.- En el apartado 3, se plantean los aspectos concernientes a la cuenta corriente abierta por la Junta Especial para la Promoción "Fuentecillas S-7 de Burgos".

Consta acreditado que la Cooperativa de Viviendas Somosierra del Duero, S.C., abrió y era titular de una cuenta corriente en Caja de Burgos, con fecha 17 de junio de 2.005, con el nº 2018 0098 83 3050000529, en la que se admiten contabilizados tres abonos realizados por la demandante en distintas fechas por los conceptos "socio" y "reserva Ático A", por un importe total de 32.154 euros. Estos ingresos se hicieron mediante transferencias desde una cuenta de titularidad de la actora en Caja del Mediterráneo.

Esa cuenta corriente, en principio, es una cuenta corriente ordinaria -en el Tipo de Cuenta figura Cuenta Cajaburgos- sin mencionar su carácter de cuenta especial **Ley 57/1968**.

Se alega que no hay un modelo de contrato específico para la apertura de una cuenta corriente de la **Ley 57/1968**, pero que se indicaba en el apartado de Condiciones Especiales -aspecto que no es determinante-.

El testimonio del Sr. Calixto ha de valorarse conforme a las reglas de la sana crítica -ex artículo 376 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil -.

Efectivamente, es razonable un grado de prevención frente a su declaración por el interés que tiene en el asunto, pero su apreciación probatoria no se agota con su declaración, sino en relación con la documental aportada como diligencia final, sobre la que el Juez de Instancia argumenta para inferir su eficacia probatoria.

Uno de los contenidos de las eventuales condiciones particulares es el de la cuenta corriente especial **Ley 57/1968** para Promotores de Viviendas, lo que no difiere sustancialmente de otros casos que tienen ese carácter, folios 225 y siguientes, salvo la mención de la Promoción a que se contrae.

Del extracto de la cuenta se aprecia que los depósitos son cantidades ingresadas por los socios de la Cooperativa de "viviendas".

Del dato de la Actividad de la Cooperativa, titular de la cuenta, "Empresa", al menos, es indicativo de la finalidad de promocionar, construir viviendas, de modo que la sería aplicable el contenido previsto para la cuenta especial, como es la condición de su finalidad -servir de instrumento para el depósito de las cantidades anticipadas a los promotores por los adquirentes de viviendas; pudiendo ser promotores las sociedades cooperativas-.

Lo que no tiene sentido es que se considere como una cuenta especial de comercio, cuyos titulares se dediquen a negocios de venta de bienes o servicios en establecimientos comerciales, cuando no se da esta circunstancia. Se trata de una Sociedad Cooperativa de Viviendas, y se conocía que el Sr. Calixto era gestor de Cooperativas de Viviendas.

Volviendo a la documental aportada por Don. Calixto, a requerimiento del Juzgado, en los documentos 1 y 3, en el extracto de la cuenta aparece el nombre de "fuentecill" (se entiende, fuentecillas), que se corresponde, lógicamente con el nombre de la promoción de la actora, con abonos que deben pertenecer a esa promoción.

Los documentos 2, 6, 7 y 9, figuran los nombres de Cooperativa Somosierra Duero Promoción S/, respecto de la cuenta litigiosa, en documento de Caja de Burgos.

El documento 4, es un pago que se carga en la cuenta, de la Cooperativa Somosierra Duero Promoción S7 (documento de Caja de Burgos, Acreditativo de Pago de Efecto).

El documento nº 5, de Caja de Burgos, es una transferencia de la Cooperativa de Viviendas Somosierra del Duero, Promoción S7, de la cuenta litigiosa a otra cuenta.

El documento 8, donde se anotaban giros bancarios, teniendo como cuenta de abono, la litigiosa; y en donde se recoge el nombre del socio, la Promoción, Fuentecillas/7, el importe y las cuentas de cargo.

El documento 10 es un documento de Caja de Burgos, por el concepto de cargo devoluciones remesa a la Cooperativa Somosierra Duero Promoción S7.

Como observa el Juez de Instancia, folio 308, *"sólo es a partir de junio de 2011 cuando la entonces "Banca Cívica, SA" incluyó en los protocolos de firma para apertura de cuentas bancarias por parte de cooperativas de viviendas un "anexo de novación modificativa no extintiva de contrato de cuenta corriente, en el cual se exige al promotor demostrar haber cumplido con la obligación de constituir una garantía consistente en aval bancario o seguro para garantizar la devolución de las cantidades ingresadas por los adquirentes de vivienda, y ello con la advertencia de quedar la referida cuenta congelada o cancelada"*.

Quiere decirse con esto que, con anterioridad no había esta exigencia, y el modo de operar era distinto, aun conociendo la finalidad de los ingresos que hacían los socios de la Cooperativa para sus promociones, aunque su formalización esperase a una eventual financiación.

Tercero.- En cuanto al resto de las cuestiones que se plantean en esta Alegación, cabe hacer las consideraciones jurídicas siguientes: 1) la responsabilidad de la entidad demandada no deriva de la existencia o no de una operación de financiación con la Cooperativa, sino de lo dispuesto en el artículo 1-2ª de la **Ley 57/1968**; 2) es, igualmente, independiente de su intervención y responsabilidad en la gestión de la Cooperativa como en la frustración de la promoción; 3) se admite, y no es controvertido, que Caja Burgos no exigió a la Cooperativa la constitución de ninguna garantía de las cantidades ingresadas en la cuenta litigiosa -otra cosa es la naturaleza especial o no de esta cuenta y la eventual responsabilidad que se derive para la entidad demandada-; 4) la no consideración de actos propios a los reflejados en apartado 7, folios 334 y 335, no desvirtúa la naturaleza de medios probatorios, susceptibles de valoración probatoria.

Cuarto.- La parte apelante dedica la Alegación Tercera a tratar el tema de la responsabilidad establecida en la **Ley 57/1968** que, entiende, no la alcanza, por la naturaleza de la cuenta litigiosa, no especial, ni es una exigencia para ella - ex artículo 1.2 **Ley** citada- de exigir la constitución de las garantías correspondientes cuanto se abra una cuenta especial.

No obstante, antes de argumentar jurídicamente esta cuestión, conviene añadir las siguientes precisiones de hecho:

1) Consta solicitud de ingreso como socio de la actora dirigida al Consejo Rector de la Cooperativa de Viviendas "Somosierra del Duero" para la promoción de Fuentecillas, Burgos, con el ingreso de la aportación obligatoria mínima, y 3.000 euros en concepto de reserva de la vivienda NUM000 NUM001 , de la manzana NUM002 , garaje y trastero nº NUM003 , por precio determinado, 150.253 euros más IVA. Y otro ingreso de 29.154 euros; ambos a la cuenta litigiosa y a favor de la Cooperativa mencionada, Fuentecillas, por Reserva NUM000 NUM001 + socio y NUM000 NUM001 - NUM002 . Certificándose por Solidel la aportación de 32.154 euros, IVA incluido, para la adquisición de una vivienda en el Sector S7-Fuentecillas (documentos folios 32 y siguientes).

2) La situación de la tesorería de la Cooperativa respecto de la Promoción se explica en la carta remitida a la actora, de fecha 5 de octubre de 2.010; reconociéndose deuda por incumplimiento a Anllomar por compra del solar en documento privado, folio 57.

3) Acta de presencia notarial, de fecha 4 de junio de 2.013, donde se aprecia el solar sin edificación, en el que hubiera correspondido ejecutar la obra de la promoción S-7 Fuentecillas de la actora.

Del conjunto probatorio se desprende que la cuenta litigiosa estaba vinculada a la promoción de viviendas, Fuentecillas S7, en la que los socios ingresaban fondos anticipados con la finalidad de construir las viviendas de la promoción y las disposiciones iban destinadas a esa finalidad.

En relación al tema controvertido de fondo, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en varias Sentencias.

La primera de ellas, la nº 219/2013, de 9 de septiembre, Fundamento de Derecho Tercero, en los siguientes términos : *"Tercero. Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68.*

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 sentencia de 20 de junio 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, lo que Caja Cantabria no podía desconocer por ser la financiadora del proyecto".

En este caso, el conocimiento no viene por la circunstancia que se dice, sino por otras, pero el hecho determinante es el conocimiento del destino de los fondos ingresados.

Este criterio jurídico se mantiene en la Sentencia nº 13/2014, de 15 de enero, en el sentido de que "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 relación a una suerte de imposibilidad de la entidad bancaria de controlar el origen y el destino de los fondos cuando se trata de una cuenta en la que se mezclan fondos de naturaleza diversa, incluso, cuando el promotor dispone del dinero para atenciones y pagos diferentes a los de la propia promoción.

Se argumenta que " *Tal imposibilidad de conocer el origen de los fondos, y sobre todo de conocer que algunos de los ingresos procedían de los cooperativistas, no existe, pues a la vista de los extractos de las cuentas abiertas, se determina la persona que hace el depósito, y estos son los cooperativistas. Lógicamente en una cuenta de este tipo de la que el promotor o el Consejo Rector pueden disponer libremente carece la entidad bancaria de control alguno sobre el destino del dinero, si se utiliza para los pagos de la promoción o para otras atenciones. Sin embargo, esto no puede eliminar la responsabilidad de la entidad bancaria ya que ella misma ha contribuido a ello al permitir que el promotor abra una cuenta de este tipo. En todo caso la Ley 57/1968 no obliga a las entidades financieras a supervisar todos y cada uno de los pagos que se hagan desde dicha cuenta especial, sino que la obligación de destinar el dinero a las atenciones derivadas de la construcción es una obligación del promotor. Otra cosa es que las entidades financieras quieran voluntariamente hacer este control para evitar que por falta de financiación se retrase la construcción y puedan ejecutarse los avales, en cuyo caso sí habrían de responder*".

O por no exigir la garantía, creyendo en eximirse de ejercer ese posible control, al menos, sobre los pagos de la promoción, pero más por interés de la entidad, por el hecho determinante de su responsabilidad, la no exigencia de garantía en una cuenta de este tipo.

La Sentencia nº 79/2014, de 19 de marzo, de este Tribunal mantiene el criterio jurídico expuesto.

De esta Sentencia conviene añadir que no es óbice para incurrir en responsabilidad -o para la calificación de este tipo de cuentas como especial- el hecho de que la promoción no se llegó a empezar (se compró un solar, con incumplimiento de pagos), ni se llegó a formalizar un préstamo a la construcción, ni hubo financiación de la Caja dirigida a la construcción de viviendas.

En esta Sentencia se argumenta que "*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*".

Cuarto.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante, y no apreciarse circunstancia legal que justifique otro pronunciamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a la parte apelante.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.