



Roj: SAP BU 377/2014 - ECLI:ES:APBU:2014:377  
Id Cendoj: 09059370022014100070

Órgano: Audiencia Provincial

Sede: Burgos

Sección: 2

Nº de Recurso: 112/2014

Nº de Resolución: 116/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: MAURICIO MUÑOZ FERNANDEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00116/2014**

**S E N T E N C I A** Nº 116

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS

**ILMOS/AS SRES/AS:**

**PRESIDENTE:**

DON JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA

**MAGISTRADOS/AS:**

DOÑA ARABELA GARCIA ESPINA

DON MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ

**SIENDO PONENTE:** DON MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ

**SOBRE:** ACCIÓN DECLARATIVA

**LUGAR:** BURGOS

**FECHA:** VEINTITRÉS DE MAYO DE DOS MIL CATORCE

En el Rollo de Apelación nº 112 de 2014 dimanante de Juicio Ordinario nº 736/2012, del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, siendo parte, como demandantes-apelados Dª. Visitacion, Dª. Araceli, D. Isidro, Dª. Encarnacion y Dª. Laura, representados en este Tribunal por el Procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruiz y defendidos por la Letrado Dª. Susana Santamaría Santamaría y como demandada-apelante CAIXABANK S.A., representada en este Tribunal por la Procuradora Dª. María Concepción Santamaría Alcalde y defendida por el Letrado D. Fernando Olano Moliner.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho de la resolución apelada, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: " Que ESTIMANDO COMO ESTIMO la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Esteban Ruiz, en representación de Dª. Visitacion (DNI nº NUM000), Dª. Araceli (DNI nº NUM001) y D. Isidro (DNI nº NUM002), D. Encarnacion (DNI nº NUM003) y Dª. Laura (DNI nº NUM004), representados por el Procurador Sr. Esteban Ruiz, contra Caixabank, S.A., representada por la Procuradora Sra. Santamaría Alcalde, DEBO DECLARAR Y DECLARO la responsabilidad de la entidad bancaria demandada por la pérdida de los anticipos efectuados por los actores mediante ingresos en "cuenta especial" nº NUM005 (por importes, Dª. Visitacion de 34.284,99#; Dª. Araceli de 17.040,00# y D. Encarnacion y Dª. Laura de 3.000#, cada uno), por el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo

1.2 de la **Ley** 57/68 , en relación con la **Ley** 38/99; y en consecuencia, DEBO DECLARAR Y DECLARO la asimilación de la situación y condición jurídica de los actores a aquella que tendrían exactamente como beneficiarios en el supuesto de haberse constituido la obligada garantía, con todas las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento.-Y todo ello, con expresa imposición a la demandada de las costas procesales causadas".

**SEGUNDO.-** Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de CAIXABANK S.A., se interpuso contra la misma recurso de apelación, que fue tramitado con arreglo a Derecho.

**TERCERO-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales, habiendo sido deliberada y votada la causa por esta Sala en fecha 15 de mayo de 2014.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La representación legal de CAIXABANC SA (parte demandada) formula recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 27- 11-2013 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos por la que se declaró su responsabilidad por pérdida de los anticipos realizados por la parte actora en la cuenta especial que se identifica.

Pretende la parte apelante la desestimación de las pretensiones actoras. Invoca, en síntesis, como **motivos del recurso** :

1- **que la Cooperativa de vivienda no apertura una cuenta especial** de la **Ley** 57/68, encontrándose el apartado "Condiciones especiales" sin rellenar.

Señala:

- que existen pronunciamientos contrarios a considerar la existencia de cuenta especial cuando no se abierto bajo esta fórmula específica.

- que del extracto de la cuenta no puede deducirse que se trate de una cuenta en la que compradores de vivienda hacen ingresos para su adquisición.

- que el esfuerzo que se le exige (culpa in vigilando) respecto del incumplimiento de la cooperativa y cooperativistas no está previsto en la **ley**.

**2- que el fallo de la sentencia declara una responsabilidad contractual** similar a la derivada de un contrato de aval, habiendo dicho la Secc 3ª de esta AP que es de naturaleza extracontractual (S. 9-9-2013), estando en este caso en un supuesto en que se solicita únicamente una declaración de responsabilidad sin reclamar cantidad alguna que deberá hacerse en ulterior procedimiento en el que se podrán oponer excepciones como las previstas en los artículos 219 y 400 LEC .

**SEGUNDO.-** Entrando en el análisis del recurso debe anticiparse que se estiman acertados los pronunciamientos realizados en la sentencia apelada.

Respecto de la alegación de que no estamos ante una cuenta especial de la **Ley** 57/68, no puede ser atendida. El hecho de que no se indique expresamente en el contrato de apertura de cuenta que se trata de una cuenta especial de la **Ley** 57/68 no impide considerar que así sea y así ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en SS de esta Sección de 20-06-2012 , 25-10-2012 .

En el presente caso es claro que se trata de una cuenta especial de la **ley** 57/1968 en cuanto que:

- en el propio contrato de cuenta corriente se describen condiciones particulares de distintas cuentas incluyendo entre ellas las relativas a cuenta corriente especial de la **Ley** nº 57/1968 para Promotores de viviendas.

- la Cooperativa que apertura la cuenta es una Cooperativa de viviendas

- el representante legal de la parte demandada reconoció que conocía el objeto social de la cooperativa y de su gestora Urbelar habiendo realizado anteriores contratos de apertura de cuentas realizadas con la citada Cooperativa para otras promociones.

- según declaración testifical de Juan María (representante de Urbelar, gestaría de la cooperativa de viviendas a la que pertenecen los actores), esta gestora obtuvo en 2007 de la propia demandada préstamo hipotecario por casi 2.500.000# sobre el terreno comprometido para el desarrollo de la promoción de la sociedad cooperativa Mirabueno.

-en el contrato de cuenta corriente figuran múltiples ingresos de distintas personas y se acredita por ejemplo en la transferencia realizada a la citada cuenta bancaria a favor de la Cooperativa por parte de Araceli el importe de 14.040# (doc. 10 de la Demanda) que el concepto era " entrega inicial compra vivienda Arco " y como beneficiario " Promoción Residencial el Arenal ".

Por todo ello cabe concluir que la entidad bancaria demandada tenía conocimiento del destino y cualidad de la citada cuenta bancaria por lo que procede desestimar el motivo de recurso indicado.

La alegación de el esfuerzo que se le exige (culpa in vigilando) respecto del incumplimiento de la cooperativa y cooperativistas no está previsto en la **ley** tampoco puede ser atendida.

La responsabilidad de la entidad bancaria surge por aplicación del art. 1 de la **Ley** 57/68 al no haber exigido a la promotora (en el presente caso la Cooperativa y especialmente a su gestora) el otorgamiento de las garantías que dicho precepto establece, lo que determina su responsabilidad.

Como señaló esta Sección en S. de **25 de octubre de 2012** : " Nos encontramos ante una responsabilidad que se califica "ex lege" y que permitirá a los compradores, ante la insolvencia de la promotora, reclamar a la entidad de crédito la devolución de las cantidades anticipadas. *Será requisito para el ejercicio de esta acción la producción de un "daño" que vendrá representado por el perjuicio económico del comprador que no puede obtener la restitución de las cantidades anticipadas en pago del precio. Esta acción encuentra su causa en la falta de diligencia de la entidad de crédito por la omisión de la obligación legal de exigir al promotor la constitución de las garantías para la apertura de cuentas o depósitos en la entidad y, muy especialmente, si se trata de la única entidad financiadora de la promoción inmobiliaria* ".

**TERCERO.-** Respecto de la alegación de error en cuanto que el fallo de la sentencia declara indebidamente una responsabilidad contractual equivalente a la derivada de un contrato de aval tampoco puede ser atendida.

El artículo 1 de la **Ley** 57/68 establece la obligación de los promotores de construcción de viviendas la obligación de garantizar con seguro o aval de Banco o Caja de Ahorros la devolución de las cantidades entregadas más interés del 6% anual y depósito en la cuenta especial. Prevé asimismo la obligación de la entidad bancaria de exigir esa garantía " *bajo su responsabilidad* ", por lo que es claro que la equivalencia declarada en sentencia viene determinada por esta previsión legal.

Es cierto que la secc 3ª de la AP en S. 9-9-2013 califica la acción como de responsabilidad extracontractual estableciendo que " *la responsabilidad comienza a contar desde que se produce el daño para el cooperativista, y el daño se produce cuando este intenta recuperar sin éxito el dinero invertido y le comunican que no se lo devuelven por la falta de aval. A partir de entonces es cuando puede exigir la responsabilidad por culpa de las entidades que recibieron el dinero sin que existiera aval que garantizase la devolución* ". Asimismo señala que: " *el derecho de reembolso no puede hacerse sin liquidar previamente la relación entre la cooperativa y el socio, lo que en este caso no se pide en la demanda. Una vez liquidada la relación, la responsabilidad de la entidad depositaria de los fondos surgirá por aquello que no se pueda rembolsar* ".

Esta Secc. en la S. 25-10-2012 ya citada señaló: " *Aún cuando se ha debatido en la doctrina la naturaleza de esa responsabilidad (contractual, extracontractual, solidaria, subsidiaria) este Tribunal considera que en este caso tal cuestión no es relevante, pues se trata del incumplimiento de una obligación legal ( art. 1089 CCv) y, por lo tanto, su responsabilidad nace "ex lege". Así, no solo el referido art. 1089 LECv dice que las obligaciones nacen de la **Ley**, sino que el art. 1-2- in fine de la **Ley 57/1968** dice que nace responsabilidad en quién no exige los avales; de tal manera que la interpretación de la citada norma pone de manifiesto que es la entidad financiera quién debe de exigir los avales a la promotora* ".

Asimismo indica que: " *el artículo 118.6 de la **Ley** 4/2002 de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León , dicen que "los Estatutos podrán prever en qué casos la baja de un socio es justificada y para los restantes, la aplicación, en la devolución de las cantidades entregadas por el mismo para financiar el pago de las viviendas y locales, de las deducciones a que se refiere el apartado 3 del artículo 51, hasta un máximo del 50 por 100 de los porcentajes que en el mismo se establecen. Las cantidades a que se refiere el párrafo anterior, así como las aportaciones del socio al capital social, deberán reembolsarse a éste en el momento en que sea sustituido en sus derechos y obligaciones por otro socio". Ello supone que el actor ha sufrido el perjuicio que deriva de no tener aval, de no tener vivienda y de no poder ser sustituido por otro posible cooperativista que sería el hecho causante para que pudieran serle reintegradas las cantidades entregadas a cuenta* ".

*El reintegro de las cantidades aportadas por el socio cooperativista para financiar la construcción de las viviendas se hace depender en la Legislación de Cooperativas de la entrada de otro socio que sustituya al que pide la devolución. Ello implica que el daño se consume y nacen las acciones para su reparación cuando ya no pueden entrar más socios; lo que se produce en último extremo con la declaración de Concurso y en particular con la declaración de Disolución de la concursada y con el inicio de la fase de Liquidación que determina la suspensión de la facultad de administración y disposición del concursado y con la inscripción en el Registro de Cooperativas y en el Registro de la Propiedad".*

En definitiva una cosa es la naturaleza de la acción que se ejercita y otra distinta el que se asimile a la responsabilidad por falta de otorgamiento del aval que es el pronunciamiento realizado.

En el presente caso la acción que se ejercita ha sido declarativa de la responsabilidad de la parte demandada y no de condena a concretas cantidades. La parte demandada en ningún momento refirió en la 1ª instancia la excepción de prescripción de la acción ejercitada, introduciendo ahora en el recurso la reserva de esa alegación para un eventual ulterior proceso en el que pudieran reclamarse las concretas cantidades. Lo cierto es que se trata de " *cuestiones nuevas que si se entrara a conocer, vulnerarían el art. 24 CE , el art. 456-1 LECv, que limita el Recurso de Apelación "con arreglo a la fundamentación de hechos y de derechos de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia", y el principio "pendentem apellationem nihil innovatur".*

Por todo ello procede mantener el pronunciamiento realizado.

**CUARTO.-** Costas.- Ante la desestimación del recurso y en aplicación del art. 398.1 LEC se hace expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

## FALLO

Por lo expuesto, este Tribunal decide:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de CAIXABANC SA contra la sentencia dictada en fecha 27-11- 2013 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Burgos, acordamos su confirmación, haciendo expresa imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. MAURICIO MUÑOZ FERNÁNDEZ estando celebrando Audiencia Pública el Tribunal en el mismo día de su fecha, de lo que yo el secretario. Doy fe.