



Roj: SAP BU 321/2014 - ECLI:ES:APBU:2014:321
Id Cendoj: 09059370032014100075
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Burgos
Sección: 3
Nº de Recurso: 173/2013
Nº de Resolución: 109/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00109/2014

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

-

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2011 0008327

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000173 /2013

Juzgado procedencia : JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de BURGOS

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000341 /2011

RECURRENTE : CAIXABANK SA

Procurador/a : MERCEDES MANERO BARRIUSO

Letrado/a : FERNANDO DANCAUSA TREVIÑO

RECURRIDO/A : Tamara

Procurador/a : NATALIA PEREZ PEREDA

Letrado/a : SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA

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 **DOÑA MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A Nº 109

En Burgos, a veinticuatro de abril de dos mil catorce.

VISTOS , por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el rollo de Sala núm. 173/2013, dimanante de Procedimiento Ordinario nº 341/2011, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Burgos, en recurso de apelación interpuesto contra sentencia de fecha 7 de mayo de 2013 , en el que han sido partes, en esta instancia, como demandante-apelada, DOÑA Tamara , representada por la Procuradora doña Natalia Pérez Pereda y defendida por la Letrada doña Susana Santamaría Santamaría; y, como demandada-apelante, CAIXABANK, S.A., antes (Caja de Ahorros Municipal de Burgos), representada por la Procuradora doña

Mercedes Manero Barriuso y defendida por el Letrado don Fernando Dancausa Treviño. Siendo Ponente, la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARIA ESTHER VILLIMAR SAN SALVADOR, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º: Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente FALLO: "Que estimando como estimo la demanda presentada por la Procuradora Sra. Pérez Pereda, en nombre y representación de D^a Tamara , debo declarar y declaro la situación de baja justificada de la demandante de la Cooperativa de viviendas CALLE000 , con efectos del día que curso su solicitud de baja, debiendo declarar y declaro que se y ha incumplido la obligación legal de constituir un aval bancario por las cantidades entregadas en los términos previstos por la Ley 57/68, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, asimismo debo declarar y declaro que la Cooperativa demandada, está obligada a reintegrar a la actora las cantidades aportadas para la construcción de la vivienda que en su día se le había adjudicado, debo declarar y declaro la responsabilidad solidaria de la Mercantil "BANCA CIVICA, S.A.", respecto de la pérdida de los anticipos efectuados por la demandante, mediante ingreso en cuenta especial, y ello con razón en el incumplimiento de la obligación contenida en el art. 1. de la Ley 57/68 , en relación con la Ley 38/99, al haber consentido de forma continuada el ingreso de anticipos en cuenta especial sin exigir del promotor la concertación de avales o seguro en garantía de la correcta recuperación de tales anticipos, en consecuencia de lo anterior, debo y declarar y declaro la asimilación de la situación y condición jurídica de la actora, a aquella que tendría como beneficiaria, en el supuesto de haberse constituido la obligada garantía impuesta por la Ley 57/68, en cuanto a las costas procede su imposición a la parte demandada".

2º: Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación de la demandada Caixabank, se presento escrito interponiendo recurso de apelación que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a las otras partes, para que en término de diez días presentasen escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución apelada, presentó escrito de oposición al recurso, la representación de la demandante, que consta unido a las actuaciones, 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 veinticuatro de septiembre de dos mil trece, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero .- La demandante es una cooperativista que formalizó el correspondiente contrato privado de adhesión y adjudicación de vivienda en construcción con la Cooperativa San Francisco, Promoción Cortes 10 viviendas unifamiliares, ingresando diversas cantidades en una cuenta de Caja Burgos (hoy Caixabank SA) y, cuya devolución en caso de falta de construcción, no fue garantizada con contrato de seguro ni aval alguno. A fecha de hoy, la construcción de las viviendas de la Promoción es imposible (de hecho, ni siquiera se ha iniciado) y la Cooperativa está en concurso de acreedores, por lo que los actores se han dado de baja en la Cooperativa y piden que se declare su baja como justificada, y que se declare la responsabilidad solidaria junto con Caja Burgos por la pérdida de los anticipos entregados, pidiendo su asimilación al supuesto de que se hubieran formalizados los correspondientes avales.

La sentencia estima la demanda en su totalidad, declarando la situación de baja justificada de la demandante de la Cooperativa San Francisco, con efectos del día que cursó su solicitud de baja (10 de noviembre de 2010), asimismo declara que ha incumplido la obligación legal de constituir un aval bancario por las cantidades entregadas en los términos previstos por la Ley 57/1968 de 27 de julio y declara la responsabilidad solidaria junto con Caja Burgos, al haber consentido de forma continuada el ingreso de anticipos en cuenta especial sin exigir del promotor la concertación de avales o seguro en garantía de la devolución de tales anticipos. Frente a la sentencia se aquieta la Cooperativa demandada y recurre solo Caja Burgos. Ha quedado pues firme por consentida la declaración de la baja de los actores como justificada, quedando como objeto del recurso la cuestión relativa a la responsabilidad de Caja Burgos demandada por la falta de exigencia del aval a que se refiere la Ley 57/68 y la declaración de asimilación de la situación y condición jurídica de la actora a aquella que tendría como beneficiaria en el supuesto de haberse constituido la obligación de garantía impuesta por la Ley 57/1968.

Segundo .- En primer lugar, alega la recurrente que se le exige responsabilidad por el mero hecho de que la actora es cooperativista y ha realizado entregas a cuenta para la adquisición de vivienda en una

cuenta de la Cooperativa abierta en Caja Burgos, por incumplir la **Ley 57/1968** al no exigir a la Cooperativa la constitución de aval o seguro para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, sin embargo la sentencia ha obviado por completo la prueba practicada a su instancia, fundamentalmente, el interrogatorio de la demandante, la testifical de su esposo d. Franco - que es el administrador único de la entidad "MD Solidel SL que es la gestora de la Cooperativa- y el informe de la Administración Concursal calificando el concurso como culpable aportado en al audiencia previa.

En efecto, la sentencia apelada no ha tenido en cuenta ni la prueba practicada en los autos, ni la causa petendi de la demanda, declarando lisa y llanamente la responsabilidad solidaria de Caja Burgos basándose en la existencia de aval solidario válido y vigente, cuando según la demanda esa responsabilidad se funda, precisamente, en el incumplimiento de la obligación legal que incumbe a la entidad financiera de exigir la constitución del correspondiente aval a la Cooperativa. Ninguna argumentación jurídica ofrece el juez a quo sobre el concreto supuesto de hecho planteado en la demanda.

Ahora bien, supliendo esa reiterada omisión hemos de expresar que la recurrente no ha acreditado que la demandante, D^a Tamara, haya formado parte de un entramado fraudulento para beneficiarse económicamente con la creación de Cooperativas ficticias, entre ellas la Cooperativa San Francisco y, aun cuando por razón de su parentesco con D. Franco, gestor de la Cooperativa, haya colaborado en sociedades vinculadas con la Cooperativa concursada o con su esposo, el informe de la Administración Concursal no hace imputación alguna a la demandante como persona afectada por la calificación del concurso de la Cooperativa (artículo 172 **Ley** Concursal), desconociendo si finalmente, el Juzgado Mercantil siguiendo dicho informe ha declarado culpable el concurso de la Cooperativa San Francisco.

Tercero .- El motivo segundo alega que la demandante no ha acreditado que haya realizado entregas a cuenta para la adquisición de una vivienda, dado que el ingreso por importe de 46.201,55 # en la cuenta de Caja Burgos de la que es titular la Cooperativa, se identifica solo como " abono remesa 404909" , pero no aparece el nombre de la demandante (doc. 2 -D).

Es cierto que en el justificante el abono por importe de 46.201,55 # no aparece identificada la demandante como la persona que hace la entrega, sin embargo ese importe coincide con el que figura en el contrato privado de adjudicación (doc. 1-D) y, aun cuando la recurrente plantea dudas sobre la autenticidad de dicho documento dado que está firmado, de un lado por D^a. Tamara, y de otro por D^a Marcelina, en representación MD Solidel SL, como gestora de la Cooperativa, - a su vez empleada del Sr. Franco, esposo de la actora-, entendemos que la aportación por la actora de los documentos anteriores justifican la entrega de cantidades a cuenta, así lo confirma también el extracto bancario que obra como documento 2 de la contestación.

La falta de indicación de la persona que hace el abono en el justificante bancario no es indicio suficiente para considerar que la demandante no hizo la entrega. Nada prueba la recurrente pues renunció a la prueba del interrogatorio de D^a Marcelina y en las oficinas bancarias obran los archivos que hubieran podido arrojar luz sobre el origen o procedencia del "abono remesa 404909", pero sobre ellos ninguna prueba se ha propuesto.

Cuarto .- En el motivo siguiente del recurso 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**.

En la sentencia de este mismo Tribunal de 9 de septiembre de 2013, en la que también fueron demandadas la Cooperativa San Francisco y la entidad Caixabank SA, aunque se trate de una promoción distinta, decíamos al respecto que:

« 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»

Dice la recurrente que si se analiza el contrato de apertura de cuenta (doc. 5 de la demanda) se trata de un impreso único para abrir diversos tipos de cuentas que se detallan en la pagina 3 del impreso: Cuenta corriente y cuenta 2000, Libreta de cuenta 2000, cuenta corriente especial Caja Burgos, etc., y que en este caso, el cliente no eligió la "cuenta corriente especial **ley 57/1968** para promotores de Viviendas" sino que eligió la " Cuenta Caja Burgos" que es una cuenta " normal u ordinaria".

El impreso que recoge el contrato de Apertura de Cuenta Corriente no deja muy claro que el tipo de cuenta elegida sea una cuenta ordinaria o una cuenta especial de la **Ley 57/1968**; el impreso es el mismo para todo tipo de cuentas y la elección de una u otra depende, como manifestó el testigo empleado de la Caja D. Carlos Daniel de que en el apartado "condiciones especiales" se indique el tipo de cuenta elegida. Pero se trata de un pequeño apartado que figura en la primera hoja del impreso que puede pasar desapercibido tanto para el cliente como al empleado que gestiona la contratación en la oficina bancaria, además qué sentido tiene incluir en el impreso las condiciones especiales de todos y cada uno de los tipos de contrato de apertura de cuenta , cuando lo mas lógico y clarificador es un impreso por cada uno de los tipos de contrato incluyendo solo las condiciones particulares que le sean aplicables y, evitar así el error que se produce al optar por un solo modelo normalizado para un contrato de apertura de cuenta ordinaria en el que , sin embargo, se incluyen en su texto las condiciones particulares de todos los tipos de contratos de apertura de cuenta corriente. La confusión generada solo puede ser imputada a la entidad bancaria que es la que informáticamente cumplimenta el modelo o impreso y no a la libre elección del cliente. Por otra parte , llama la atención que en el impreso se

identifique al titular genéricamente como Cooperativa Solidel (hoy, Cooperativa San francisco), sin embargo y pese a que en ningún apartado del impreso se concrete, en el extracto de la cuenta (doc. 2 de la contestación) se emita a nombre de " Cooperativa Solidel .- Promoción Cortes 10 viviendas"

También se alega en el recurso interpuesto por Caixabank 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, y cuando el promotor dispone del dinero para atenciones y pagos diferentes a los de la propia promoción. 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 la cuenta abierta, 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.

Quinto .- El segundo motivo del recurso tiene que ver con la finalidad inversora que se atribuye a la demandante, lo que excluiría la protección de la **ley**.

El motivo se desestima pues no se ha acreditado este carácter inversor. 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).

Sexto .- El siguiente motivo se refiere a la ausencia de incumplimiento por el constructor dado que el contrato de adjudicación de fecha 28 de marzo de 2007 no recoge plazo alguno de entrega de las viviendas y, por ello no existe incumplimiento en la entrega.

Lógicamente si no hay plazo de entrega será más difícil exigir la responsabilidad conforme a la **Ley 57/1968**, pero no imposible. Lo que habrá que hacer en este caso, y puesto que una obligación sine die sería tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que prohíbe el artículo 1256 CC , sería proceder a la fijación de plazo. Y de las actuaciones se desprende que la promoción de las 10 viviendas en Cortes se frustró, sin posibilidad alguna de futuro, dada la situación de la Cooperativa en concurso de acreedores ya en liquidación, la inexistencia de socios de la promoción (solo hay dos socios dados de alta) y la consecuente imposibilidad de conseguir crédito para finalizar la obra. Todas estas cuestiones son determinantes del cumplimiento de los requisitos legales para proceder al nacimiento del derecho a la devolución de las cantidades entregada a cuenta de los socios.

Séptimo .- Prescripción de la acción.

La representación de Caja Burgos reitera la excepción de prescripción formulada en la contestación a la demanda. En la sentencia de 9 de septiembre de 2013 ya nos pronunciamos sobre que la acción contra la entidad financiera por falta de constitución del aval era de naturaleza extracontractual, y que el plazo de prescripción de un año debía comenzar 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. En el supuesto de autos la baja de la cooperativista se produce 10 de noviembre de 2010 y la interposición de la demanda es de fecha 21 de noviembre de 2011. A partir de la solicitud de baja, el plazo de prescripción comenzaría a contar desde que se enteró de la inexistencia de aval que garantizase la devolución de las cantidades. Corresponde a la parte que alega la prescripción acreditar cuando se tuvo este conocimiento. En todo caso al presentarse la demanda en el curso del año siguiente a la declaración de baja, entendemos que la acción no puede estar prescrita.



Octavo .- Al desestimarse el recurso las costas procesales se imponen la parte apelante (artículo 398.1 de la LEC).

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Mercedes Manero Barriuso, en nombre y representación de Caixabank, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Burgos en el los autos de juicio ordinario 341/2011, 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, notificándose legalmente a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ