



Roj: SAP BU 709/2013 - ECLI:ES:APBU:2013:709
Id Cendoj: 09059370032013100158
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Burgos
Sección: 3
Nº de Recurso: 133/2013
Nº de Resolución: 219/2013
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

BURGOS

SENTENCIA: 00219/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE

BURGOS

Sección 003

Domicilio : PASEO DE LA AUDIENCIA Nº 10

Telf : 947259950

Fax : 947259952

N.I.G.: 09059 42 1 2011 0002476

ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000133 /2013

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000119 /2011

RECURRENTE: LIBERBANK SA

Procuradora: MERCEDES MANERO BARRIUSO

Letrado: LUIS GOMEZ IGLESIAS

RECURRIDO: Andrea Y OTROS

Procurador: MIGUEL ANGEL ESTEBA RUIZ

Letrada: SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA

RECURRIDO: CAIXABANK, S.A.

Procuradora: MERCEDES MANERO BARRIUSO

Letrado: FERNANDO DANCAUSA TREVIÑO

RECURRIDO: COOPERATIVA DE VIVIENDAS CALLE SAN FRANCISCO

ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: Hernan

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 **D^a MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente.

SENTENCIA Nº 219.

En Burgos, a nueve de septiembre de dos mil trece.

VISTOS, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala núm. 133 de 2.013, dimanante del procedimiento Ordinario nº 119/11, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos, sobre solicitud de baja justificada en Cooperativa y otras acciones, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 5 de marzo de 2.013, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandantes-apelados, Da Andrea, D. Carlos Antonio, D^a Julia, D. Alfredo, D^a Rosario, D. Cornelio, D. Fructuoso, D^a Ángela, D^a Encarnación, D. Lorenzo, D. Romulo, D. Carlos Alberto, D. Alexander, D. Clemente, D. Florian, D. Leonardo, D. Rodrigo, D. Carlos Jesús, D. Alonso, D^a Reyes, D^a Adriana, D^a Edurne, D. Diego, D. Héctor, D. Mateo, D. Segundo, D. Jesus Miguel, D^a Miriam, D^a Marí Jose, D. Benjamín y D^a Celsa, representados por el Procurador D. Miguel Ángel Esteban Ruiz y defendidos por la Letrada D^a Susana Santamaría Santamaría; como demandada-apelante, "**LIBERBANK, S.A.**" (antes Caja Cantabria, S.A.), representada por la Procuradora D^a Mercedes Manero Barriuso y defendida por el Letrado D. Luis Gómez Iglesias; y, como demandados-apelados, "**CAIXABANK, S.A.**", representada por la Procuradora D^a Mercedes Manero Barriuso y defendida por el Letrado D. Fernando Dancausa Treviño; y la "**COOPERATIVA DE VIVIENDA CALLE SAN FRANCISCO**", no personada en esta segunda instancia; y, como **ADMINISTRADOR CONCURSAL** de la Cooperativa de Viviendas antes mencionada, D. Hernan. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. ILDEFONSO BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Los de la resolución recurrida, que contiene el siguiente Fallo: "Que estimando como estimo la Demanda presentada por el Procurador Sr. Esteban Ruiz en representación de Da. Andrea y otros, debo declarar y declaro la imposibilidad de la Sociedad Cooperativa de Viviendas Calle San Francisco de cumplir con el fin societario, declarando igualmente justificada la situación de baja de los actores como socios cooperativistas, debiendo declarar y declaro la responsabilidad solidaria de las Entidades Financieras CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE BURGOS Y LÍBER BANK, respecto de la pérdida de los anticipos efectuados por los demandantes mediante ingreso en cuenta especial, y ello con razón en el incumplimiento de la obligación contenida en el art.1.2 de la Ley 57/1.968, en relación con la Ley 38/1.999, al haber consentido de forma continuada en el tiempo su ingreso en cuenta especial, sin exigir del Promotor la concertación de avales o seguro en garantía de la correcta recuperación de tales anticipos, en consecuencia, debo declarar y declaro la asimilación de la situación y condición jurídica de los actores, a aquella que tendrían como beneficiarios, 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".

2.- Notificada la anterior resolución a las partes, por la representación procesal de la mercantil "LIBERBANK, S.A." se presentó escrito interponiendo recurso de apelación, que fue admitido en tiempo y forma. Dado traslado a las demás partes litigantes, para que en el término de diez días presentasen escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, solamente por la representación procesal de los demandantes se presentó escrito oponiéndose al recurso; 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 4 de julio de 2.013, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los demandantes son cooperativistas que formalizaron el correspondiente contrato de adjudicación de vivienda en construcción con la Cooperativa demandada, ingresando diversas cantidades en una cuenta de Caja Burgos, que luego fueron transferidas a otra cuenta de Caja Cantabria (hoy Liberbank), y cuya devolución en caso de falta de construcción no fue garantizada con contrato de seguro ni aval alguno. A fecha de hoy las viviendas están sin terminar, 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 de Caja Cantabria y de 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 responsabilidad solidaria de las dos Cajas demandadas. Frente a la sentencia se aquietan la Cooperativa de viviendas y Caja Burgos, y recurre solo Liberbank, como subrogado en la posición de Caja Cantabria. 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 las Cajas demandadas por la falta de exigencia del aval a que se refiere la **Ley 57/68**.

Los motivos de apelación alegados por Liberbank son los siguientes: 1) falta de competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil; 2) error en la interpretación de los presupuestos que dan lugar a responsabilidad de las Cajas demandadas en la **Ley 57/68**; 3) error en la interpretación de la citada responsabilidad como solidaria por parte de ambas Cajas; 4) error en la determinación de la naturaleza de esta responsabilidad como contractual, a efectos de la apreciación de la excepción de prescripción; y 5) enriquecimiento injusto.

Segundo. Competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la acción de responsabilidad por falta de exigencia en la prestación del aval.

La representación de Caja Cantabria formuló en su día cuestión de competencia por declinatoria por entender que los Juzgados de lo Mercantil no son competentes para conocer de la acción de exigencia de responsabilidad contra las Cajas demandadas.

El argumento de la parte apelante para excepcionar la falta de competencia del Juzgado de lo Mercantil es que los Juzgados de lo Mercantil solo tienen competencia exclusiva en materia concursal, y en lo demás solo son competentes para conocer de las acciones a que se refiere el artículo 86 ter de la **Ley Orgánica del Poder Judicial**. En el supuesto de que la acción para declarar la baja del cooperativista como justificada entrara dentro de los supuestos de competencia del artículo 86 ter, a la misma no podría acumularse la de exigencia de responsabilidad por la falta de exigencia del aval por lo dispuesto en el artículo 73 de la LEC sobre que el tribunal competente para conocer de la acción principal debe tener jurisdicción y competencia para conocer por razón de la materia o por razón de la cuantía de la acción acumulada.

El motivo se desestima. La situación es semejante a los supuestos de ejercicio de acciones de responsabilidad individual frente a los administradores de una sociedad de capital por falta de disolución junto con la de reclamación de la deuda contra la misma sociedad, supuestos de acumulación que tras una interpretación dispar de la jurisprudencia menor, han acabado resolviéndose de forma positiva y residenciadas en los Juzgados de lo mercantil (STS 10 septiembre de 2012 y 23 de Mayo del 2013).

Ambos supuestos son similares. También en este caso se ejercita una acción, que es la declaración de baja en la Cooperativa como justificada, que es competencia de los Juzgados de lo Mercantil, y que debe entenderse como prejudicial para resolver la acción de responsabilidad frente al banco que no exigió la constitución del aval. La primera es competencia de los Jueces de lo mercantil porque el artículo 86 ter. 2 a) les atribuye la competencia para conocer de todas aquellas cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas; una de estas cuestiones es evidentemente la posibilidad de que un cooperativista se dé de baja, y la calificación de la misma. Además, esta debe entenderse como la acción principal, pues es la que da derecho al cooperativista a reclamar las aportaciones que ha realizado. Dicho de otra manera, en una cooperativa de viviendas el derecho a reclamar las cantidades aportadas como consecuencia de la falta de construcción o de la falta de finalización de la vivienda en plazo nace una vez que el cooperativista se da de baja en la Cooperativa (artículo 51 **Ley** de Cooperativa , artículo 66 LCCyL). Es entonces, cuando la Cooperativa no puede reintegrar al cooperativista el importe de sus aportaciones por la falta de aval, cuando se produce el daño, y cuando nace la responsabilidad de los Bancos o Cajas por no haber exigido el aval en el momento en el que se hizo la aportación. Por lo tanto, para determinar la responsabilidad de la entidad financiera será necesario primero declarar la baja del cooperativista, y en la mayoría de los casos cuantificar el saldo que el cooperativista tiene derecho a percibir tras su baja, lo que también es competencia del Juzgado de lo mercantil pues forma parte del derecho al reembolso del cooperativista. Fijado el derecho al reembolso, surgirá la responsabilidad del Banco o Caja si el reembolso no pudiera hacerse efectivo.

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.

Cuarto. Responsabilidad solidaria de ambas entidades.

La sentencia apelada declara la responsabilidad solidaria de Caja Burgos y Caja Cantabria (hoy Liberbank) por la falta de exigencia de aval. Según la parte apelante la sentencia no fundamenta esta declaración, expresando las razones por las que deban responder ambas entidades, y en todo caso, según la parte apelante, la responsabilidad debiera ser de la entidad bancaria que recibe los fondos por primera vez, y no de la entidad a la que estos fondos se traspasen. La parte apelante se apoya en una interpretación meramente literal de la norma como si solo fuera la entidad en la que se hacen los ingresos la que deba responder. No habría responsabilidad de las segundas o ulteriores entidades a las que se transfirieran todos o parte de los fondos ya ingresados.

No se acepta esta interpretación. A tenor de la mecánica de los ingresos descrita en la demanda, según la cual el dinero se ingresaba primero en Caja Burgos y luego era transferido a Caja Cantabria, la responsabilidad es en primer lugar de Caja Burgos, aunque esta no sea la depositaria de los fondos cuando se produce la baja de los cooperativistas. Ciertamente el daño se produce cuando el cooperativista no puede

obtener el reembolso del dinero, pero la falta de reembolso se produce por la falta de exigencia del aval, y tanto Caja Burgos como Caja Cantabria no lo exigieron al recibir el dinero en sus cuentas. Si Caja Burgos, y también Caja Cantabria hubieran exigido en su momento el aval que garantizase la devolución, los cooperativistas no se hubieran visto perjudicados, y de ahí su respectiva responsabilidad.

Quinto. Naturaleza de la responsabilidad.

La parte apelante tiene razón al calificar la responsabilidad de las Cajas como extracontractual. No hay contrato entre los actores y las Cajas demandadas porque las cuentas son de la Cooperativa. Por lo tanto se responde por la falta de exigencia del aval conforme al artículo 1902 del Código Civil, y la acción para exigir la responsabilidad prescribe en el plazo de un año.

Ahora bien, el plazo para exigir 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. En el supuesto de autos las bajas de los cooperativistas se produjeron a lo largo del año 2010, en el curso del año anterior a la interposición de la demanda, que tiene fecha 1 de abril de 2011. A partir de la solicitud de baja, el plazo de prescripción comenzaría a contar para cada cooperativista cuando 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 de prácticamente todos los cooperativistas, entendemos que la acción no puede estar prescrita.

Sexto. Enriquecimiento injusto.

Se alega enriquecimiento injusto porque según la parte apelante los actores han recibido indemnizaciones por los defectos constructivos, por lo que estarían siendo indemnizados doblemente, al menos algunos de ellos.

No hay tal enriquecimiento. En la demanda no se ha hecho petición de condena de cantidad alguna. Tampoco se ha dejado la determinación del derecho de reembolso para ejecución de sentencia. En consecuencia, la sentencia solo ha declarado la responsabilidad solidaria de las Cajas demandadas por la pérdida de los anticipos ocasionada por la falta de aval. Sin embargo, al desconocerse a qué anticipos habrá de extenderse el derecho de reembolso, en definitiva, sin conocer cuales son las cantidades que los actores tienen derecho a percibir una vez declarada su baja en la cooperativa, no puede saberse si alguno de los actores se ha enriquecido.

Hay que tener en cuenta el especial sistema en el que se lleva a cabo la construcción en régimen de Cooperativa en el que los cooperativistas participan en la promoción. La devolución de las cantidades en caso de que la construcción no se lleve a término no puede hacerse de la misma forma que en una promoción ordinaria. El reembolso de la totalidad de lo aportado se condiciona en la **Ley** de Cooperativas (artículo 89.5) a que el cooperativista sea sustituido por otro socio. Cuando no hay esta posibilidad, porque la Cooperativa ha cesado en su actividad, 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.

Séptimo. Al desestimarse del recurso se imponen las costas a la parte apelante (artículo 398.1 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 contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo mercantil número uno de Burgos en los autos de juicio ordinario 119/2011, 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 apelación, notificándose en legal forma a las partes, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.