



Roj: **SAP BU 41/2014 - ECLI: ES:APBU:2014:41**

Id Cendoj: **09059370032014100015**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **3**

Fecha: **15/01/2014**

Nº de Recurso: **270/2013**

Nº de Resolución: **13/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ILDEFONSO JERONIMO BARCALA FERNANDEZ DE PALENCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BU 41/2014,**  
**STS 3148/2016**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00013/2014**

**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 2011 0004979

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000270 /2013**

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

Procedimiento de origen : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000223 /2011

RECURRENTE: LIBERBANK, S.A.

Procuradora: MERCEDES MANERO BARRIUSO

Letrado: MANUEL GARCIA VILLARRUBIA

RECURRENTE: CAIXABANK, S.A.

Procuradora: MERCEDES MANERO BARRIUSO

Letrado: FERNANDO DANCAUSA TREVIÑO

RECURRENTE: Serafin

Procuradora: PAULA GIL PERALTA ANTOLIN

Letrada: SUSANA SANTAMARIA SANTAMARIA

RECURRIDOS: Luis Pablo Y OTROS



Procuradora: PAULA GIL PERALTA ANTOLIN

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 **D<sup>a</sup> MARÍA ESTHER VILLÍMAR SAN SALVADOR**, ha dictado la siguiente.

### **SENTENCIA N<sup>o</sup> 13.**

En Burgos, a quince de enero de dos mil catorce.

**VISTOS**, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos el Rollo de Sala número 270 de 2.013, dimanante del Procedimiento Ordinario n<sup>o</sup> 223/11, del Juzgado de lo Mercantil n<sup>o</sup> 1 de Burgos, en recurso de apelación interpuesto contra Sentencia de fecha 31 de julio de 2103, en el que han sido partes, en esta segunda instancia, como demandantes, D. Luis Pablo, D. Bruno, D. Eulogio, D<sup>a</sup> María Teresa, D. Ismael, D<sup>a</sup> Clemencia, "INBUR INVERSIONES, S.L.", D. Octavio, D. Vicente, D. Juan Pedro, D. Baldomero, D<sup>a</sup> Loreto, D. Emilio, D. Hugo, D<sup>a</sup> Socorro, "ANLLOMAR, S.L.", D. Norberto, D<sup>a</sup> Ascension, D<sup>a</sup> Estrella, D. Vidal, D. Pedro Francisco, y D<sup>a</sup> Natalia, representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Paula Gil Peralta Antolín y defendidos por la Letrada D<sup>a</sup> Susana Santamaría Santamaría; como apelante 1<sup>o</sup>, la mercantil "**LIBERBANK, S.A.**" (antes Caja Cantabria), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Manero Barriuso y defendida por el Letrado D. Manuel García Villarrubia; como apelante 2<sup>o</sup>, la mercantil "**CAIXABANK, S.A.**" (antes Banca Cívica, S.A.), representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Mercedes Manero Barriuso y defendida por el Letrado D. Fernando Dancausa Treviño; y, como demandante-apelante 3<sup>o</sup>, **D. Serafin**, representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Paula Gil Peralta Antolín y defendido por la Letrada D<sup>a</sup> Susana Santamaría Santamaría. 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 parcialmente como estimo la Demanda presentada por la Procuradora Sra. Gil Peralta, en nombre y representación de D. Luis Pablo y otros, debo declarar y declaro la situación de baja justificada de la demandante de la Cooperativa de viviendas FUENTE CATALINA, con efectos del día que cursó su solicitud de baja, debiendo declarar y declaro que se 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 las Mercantiles "BANCA CÍVICA, S.A.", y "LIBERBANK, S.A." 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 57/68, 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, se declarara la asimilación de la situación y condición jurídica de la actora, a aquélla que tendría como beneficiaría, en el supuesto de haberse constituido la obligada garantía impuesta por la Ley 57/68, debiendo desestimar y desestimo las pretensiones instadas por D. Serafin y las Sociedades "INBUR INVERSIONES, S.L.", y "ANGIOMAR, S.L.", en cuanto a las costas cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad".

**2.-** Notificada la anterior resolución a las partes, por las representaciones de LIBERBANK, S.A., CAIXABANK, S.A. y de D. Serafin, respectivamente, se presentaron los correspondientes escritos interponiendo recurso de apelación, que fueron admitidos en tiempo y forma. Dado traslado a las partes, para que en el término de diez días presentasen escrito de oposición al recurso o de impugnación de la resolución, las representaciones de Liberbank, S.A. y de Caixabank, S.A. se opusieron al recurso presentado por D. Serafin; y por la representación de los demandantes se presentó escrito oponiéndose al recurso presentado por Liberbank, S.A. y de Caixabank, S.A.; 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 14 de enero de 2.014, en que tuvo lugar.

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

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**



**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 trasferidas 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 aquieta la Cooperativa de viviendas, y recurre Liberbank y Caixabank (antes Caja Burgos). También recurre un cooperativista, don Serafin , cuya demanda se ha desestimado por considerarle inversor. 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.

El asunto viene a ser casi una copia literal del resuelto por esta Sala en sentencia de 9 de septiembre de 2013 (rollo 133/13 ) por ser idéntico su planteamiento. La Cooperativa es la misma y también lo son las Cajas demandadas, aunque se trata de una promoción distinta. La única diferencia viene dada porque aquí recurren ambas Cajas (allí solo recurrió Liberbank) y porque los recursos se interponen después de haberse conocido aquella sentencia. Al alegarse prácticamente los mismos motivos se recogerán en esta resolución los mismos argumentos que expusimos en la sentencia de 9 de septiembre, incidiendo más en los motivos expuestos ahora por primera vez por Caixabank que no fue parte en la apelación anterior.

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

Se reproduce aquí la respuesta al mismo motivo en la sentencia de 9 de septiembre de 2013 .

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.-** Conformidad de los actores con la actuación del Consejo Rector.

El motivo alegado por Liberbank es nuevo y se refiere a un documento firmado el 29 de julio de 2010 entre don Bruno en representación de los cooperativistas y don Ildelfonso por el Consejo Rector, en virtud del cual los cooperativistas aprueban la gestión realizada por el Consejo Rector hasta 2 de diciembre de 2009, renunciando al ejercicio de acciones contra él, así como el Consejo Rector a las acciones contra la Cooperativa. Según la parte apelante la presente demanda, aunque no se dirige contra el consejo rector, sí constituye una infracción de la doctrina de los actos propios, pues la suscripción del aval que impone la Ley 57/1968 es obligación del Consejo Rector en el caso de las cooperativas de viviendas, y no se puede reclamar por el incumplimiento de una obligación que los propios cooperativistas han excusado.

El motivo se desestima. En primer lugar lo que se llama acuerdo transaccional no es mas que un documento firmado por don Bruno que se arroga la representación de los cooperativistas, pero al que solo se adhieren 9 de ellos. El documento solo vincularía a los cooperativistas firmantes y no a los demás. En segundo lugar el artículo 7 de la Ley 57/1968 claramente dice que los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables. No se puede por lo tanto renunciar a la exigencia de aval o seguro de caución, ni tampoco a la exigencia de responsabilidad por la falta de cumplimiento de esta obligación, ya que lo segundo sería tanto como dispensar de lo primero.

**Cuarto.-** Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68.

Bajo este título se examinan los mismos motivos alegados por Caixabank y Liberbank, pues ambas entidades consideran que no se dan los requisitos para exigir responsabilidad conforme a la Ley 57/1968 sobre todo por el motivo de no existir en este caso cuenta especial en la que se ingresaban las cantidades de los cooperativistas.

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 interpuesto por Caixabank se alega 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 las cuentas abiertas, tanto en Caja Burgos, como en Caja Cantabria, 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.-** Responsabilidad solidaria de ambas entidades.

El motivo se alega tanto por Caixabank como por Liberbank, si bien cada una lo hace para fundar la responsabilidad de la contraria.

La sentencia apelada declara la responsabilidad solidaria de Caja Burgos y Caja Cantabria (hoy Liberbank) por la falta de exigencia de aval. Según Liberbank 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.

Ciertamente si la responsabilidad se declara aquí con el carácter de solidaria es entre otras cosas porque no se ha diferenciado la parte del dinero de los cooperativistas ingresado en cada entidad financiera. Lo importante en todo caso es que cada aportación que hagan los futuros compradores de viviendas esté soportada por el correspondiente aval. Lógicamente si el dinero pasa de una cuenta a otra, no habrá necesidad de volver a avalar aquello que ya lo está. Solo en el supuesto de que la primera entidad que recibió el dinero no hubiera avalado





surge en la segunda la obligación de avalar, siempre que conozca que se trata de cantidades adelantadas para la compra de las viviendas. En el supuesto de autos ninguna de las dos entidades ha probado desconocer la procedencia del dinero ingresado, pues tanto en los extractos de la cuenta abierta en Caja Burgos como en Caja Cantabria, figuran claramente los nombres de los cooperativistas que han hecho los ingresos.

**Sexto.-** Inexistencia de plazo de entrega

Alega CaixaBank en su recurso la inexistencia de plazo de 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. No obstante en este caso figura claramente en uno de los contratos de adjudicación, concretamente en el acompañado como documento 32 con la demanda, la estimación de que las obras de construcción de las viviendas y garajes estén terminadas en septiembre del año 2009 (cláusula 7), lo que supone tomar esta fecha como la de entrega de las viviendas, no pudiendo suponer que, tratándose de la misma promoción, se fijen distintas fechas de entrega para el resto de cooperativistas.

**Séptimo.-** Extinción de la garantía y de la acción para exigir responsabilidad a la entidad financiera.

En su recurso de apelación Caixabank plantea una cuestión interesante que le suscita perplejidad y es la posible participación de los cooperativistas en la falta de cumplimiento del contrato, cuando son los propios cooperativistas los que propician la resolución a pesar de que el retraso en la terminación de la obra no pueda calificarse como sustancial, y cuando además los propios cooperativistas no han concedido demasiada importancia a este retraso. El asunto se complica según el apelante cuando se trata de una construcción en régimen de cooperativa donde la solicitud de reembolso al amparo de la Ley 57/1968 puede abocar a la disolución de la Cooperativa por falta de fondos. También se daría la paradoja de que al cooperativista que pretende recuperar las cantidades aportadas por la vía de la Ley 57/1968 se le haría de mejor condición que al cooperativista que se da de baja por una causa que puede ser tan justificada como la falta de construcción en plazo, en cuyo caso la devolución de lo aportado se hace depender de la entrada en la Cooperativa de un nuevo socio. Todas estas cuestiones le llevan a la representación de Caixabank a plantearse la bondad del derecho del cooperativista que actúa de esta manera.

Las preguntas que se hace la parte apelante son de difícil respuesta si se subordina la reclamación de las cantidades aportadas conforme a lo previsto en la Ley 57/1968 a la declaración de baja en la Cooperativa. El artículo 3 de la Ley 57/1968 sí obliga al particular que quiera recuperar las cantidades entregadas a cuenta a pedir la rescisión del contrato o a conceder al constructor una prórroga, por lo que, ante la falta de construcción en plazo, el particular tendrá que elegir, de forma que si pide la recuperación de las cantidades deberá pedir también la resolución, y el tribunal podrá denegarlo porque el retraso no es esencial, como por otra parte se ha hecho en numerosas ocasiones.

En el caso de la construcción en régimen de Cooperativa la petición de reembolso no se vincula a la baja del cooperativista, por lo que es dudoso que el cooperativista tenga que darse de baja para recuperar las cantidades aportadas por la vía de la ley 57/1968. En el supuesto de autos todos los demandantes han pedido la baja a la vez que la recuperación de las cantidades entregadas. Sin embargo podían haber pedido lo segundo sin solicitar lo primero. Ambas situaciones son distintas, y sobre todo son diferentes los obligados a la restitución de lo aportado. No se concibe que en una cooperativa en la que de alguna forma todos los socios tienen que sufrir los mismos riesgos de falta de construcción en plazo, de elevación del precio de las viviendas, etc... algunos de ellos puedan recuperar de forma inmediata de la cooperativa aquello que han aportado, mientras que otros tengan que esperar el plazo de cinco años, o a otro socio que les sustituya. Por eso parece más ajustado a derecho pensar que cuando un cooperativista se da de baja sí es la Cooperativa la que hace el reembolso, subordinado este a que sea sustituido por otro socio. Pero cuando lo que se pretende es la recuperación de las cantidades por la vía de la Ley 57/1968 la obligación de reembolso recaerá sobre el avalista, y en caso de falta de aval sobre el Consejo Rector, que es al que puede exigirse responsabilidad conforme al artículo 5 del Decreto 3114/1968. El dinero por lo tanto no sale de la Cooperativa para pagar al cooperativista que prefiere recuperar lo aportado antes que esperar a que finalice la edificación. Habrá de pagar el avalista, y este tendrá un derecho de crédito contra la Cooperativa para cuando se produzca la baja del cooperativista, normalmente tramitada esta por la propia cooperativa, y como subrogado el avalista en los derechos que le corresponderían al cooperativista al que se le ha dado de baja. Esta solución es la que se nos antoja la mejor para evitar los problemas que plantea el apelante, y que pueden conducir en caso contrario a la insolvencia de la Cooperativa. En el supuesto de autos, el Juzgado ha condenado a la Cooperativa, que era contra la que se formulaba la demanda, no contra el Consejo Rector, a la devolución de lo aportado, y este pronunciamiento ha quedado firme al no haber sido impugnado. Creemos que la solución hubiera debido ser otra, pero la falta de recurso impide resolver de otra manera.

**Octavo.-** Prescripción de la acción

La representación de Liberbank reproduce la excepción de prescripción. 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. Como la baja de todos los cooperativistas se produce en el año 2011, y como la demanda se formula en el mes de junio de 2011, no hay prescripción.

Lo que dice ahora Liberbank es que los cooperativistas ya conocían la falta de avales, por lo menos en la Asamblea de 28 de julio de 2008 (folio 861) en la que dispensan a la Cooperativa de esta obligación. Y en el mes de septiembre de 2009 ya sabían que las viviendas no se iban a terminar dentro del plazo, por lo que a partir de entonces ya podían haber formulado la demanda.

El asunto es dudoso y se relaciona con la cuestión de si es necesario que un cooperativista pida su baja en la Cooperativa para poder recuperar lo aportado por la vía de la Ley 57/1968. Si no es necesario pedir la baja en la Cooperativa entonces sí podría tener razón la parte apelante pues desde el mes de septiembre de 2009 se podía haber hecho la reclamación. No obstante, como la Ley 57/1968 subordina la recuperación de las cantidades a la resolución del contrato, los cooperativistas también podían haber esperado un tiempo prudencial, para así poder calificar el retraso como sustancial. En todo caso es doctrina jurisprudencial que la prescripción debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que se desestima el motivo.

**Noveno.-** Demanda de doña Socorro

En el último motivo de su recurso Caixabank alega falta de claridad de la sentencia en cuanto a si la demanda formulada por doña Socorro ha sido estimada o no. En realidad la petición del recurso podía haberse hecho por la vía de aclaración de sentencia, por lo que una eventual aclaración en esta alzada no conlleva la estimación.

La falta de claridad viene, según la parte apelante, porque la sentencia, después de haber estimado la falta de legitimación activa de dos sociedades, además de la del Sr. Serafin , no recoge luego en el fallo los nombres de todos y cada uno de los actores, por lo que no se sabe si la demanda de doña Socorro , que actuaba en representación de la sociedad Anllomar SL, que es una de las dos sociedades respecto de las cuales se aprecia la falta de legitimación, es estimada o no. No hay ningún otro demandante llamado Anllomar, por lo que la falta de legitimación que la sentencia aprecia respecto de la sociedad Anllomar lógicamente se refiere a la demanda interpuesta por doña Socorro . La sentencia se aclara en este punto.

**Décimo.-** Recurso de don Serafin .

La sentencia desestima la demanda formulada por don Serafin porque dice que tenía la cualidad de inversor porque compró dos viviendas. Según la parte apelante la sentencia incurre en incongruencia porque nadie cuestionó la legitimación de don Serafin . No es cierto. Liberbank (antes Caja Cantabria) dijo en su contestación (folio 686) que don Serafin suscribió contratos para la adquisición de dos viviendas de la promoción, lo que excluye que su destino fuera de domicilio familiar.

El recurso se estima. La compra de solo dos viviendas no autoriza a calificar al recurrente como inversor. El artículo 1 de la Ley 57/1968 delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley a "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". Luego no es necesario que la vivienda se destine a domicilio familiar. Aunque digamos que el recurrente solo tenía derecho a recuperar lo aportado por una sola de las viviendas, si es que la otra la pensaba destinar a la venta, de lo que no hay constancia porque no se ha practicado la prueba de su interrogatorio, carecemos de motivos para imputar los pagos a una o a otra vivienda, pudiendo suponer que los pagos se han hecho para aquella vivienda que el Sr. Serafin pensaba destinar para sí mismo.

**Décimoprimer.-** Debido a las dudas de derecho a que se ha hecho mención en los fundamentos de derecho séptimo y octavo no se hace imposición de las costas en esta alzada conforme a los artículos 398 y 394 LEC .

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

**FALLAMOS**

Que estimando el recuso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Paula Gil Peralta Antolín y desestimando los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora doña Mercedes Manero Barriuso en representación de Caixabank y Liberbank se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Burgos en los autos de juicio ordinario 223/2001 solo en el sentido de estimar la demanda



formulada por don Serafin , declarando su baja en la Cooperativa demandada la cual está obligada a reintegrar las cantidades aportadas por don Serafin , declarando la responsabilidad solidaria de las mercantiles Banca Cívica SA (hoy Caixabank) y Liberbank SA respecto de la pérdida de los anticipos efectuados por el demandante en una cuenta especial. En todo lo demás se confirma la sentencia sin hacer imposición de costas en esta alzada. Y se aclara la sentencia en el sentido de que se desestima la demanda formulada por doña Socorro en su propio nombre y en representación de la entidad Anllomar SL.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ