

Roj: **STS 426/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:426**Id Cendoj: **28079119912015100010**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **16/01/2015**Nº de Recurso: **2336/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BU 709/2013,**
STS 426/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Enero de dos mil quince.

Visto por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma ciudad; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Luis Carreras de Egaña, en nombre y representación de "LIBERBANK, S.A." (antigua "CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA"); siendo partes recurridas, el procurador D. Antonio Rodríguez Nadal, en nombre y representación de Dª Edurne y OTROS y el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de "CAIXABANK, S.A. (antigua CAJA BURGOS).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador D. Miguel Angel Esteban Ruiz presentó demanda ante el Juzgado de lo mercantil nº 1 de Burgos, en nombre y representación de Doña Edurne , Don Fernando , Doña Valentina , Don Melchor , Doña Dolores , Don Carlos José , Doña Paulina , Doña Bárbara Don Benigno , Don Gabino , D. Obdulio , D. Luis Andrés ,Doña Mariola , D. Calixto , D. Gustavo ,D. Prudencio , Don Juan María , Doña Ángeles , Doña Jacinta , D. Clemente , D. Isidro , Don Santos , D. Abelardo , Doña Francisca , Don Eulogio , Don Marcial y D. Jose Francisco , interpuso demanda de juicio ordinario contra CAJA CANTABRIA, CAJA BURGOS y COOPERATIVA DE VIVIENDAS CALLE SAN FRANCISCO, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dicte sentencia *por la que*: 1º.- *se declare la imposibilidad de la cooperativa de cumplir con el fin societario, declarando igualmente justificada la situación de baja de mis mandantes como socios cooperativistas.* 2º.- *se declare la responsabilidad solidaria de la demandadas CAJA CANTABRIA y CAJA DE BURGOS, respecto de la pérdida de los anticipos efectuados por mis mandantes 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 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.* 3º.- *en consecuencia de lo anterior, se declare 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.* 3º.- *se condene a las demandadas al pago de las costas.*

2.- La procuradora Dª Claudia Villanueva Martínez, en nombre y representación de CALLE SAN FRANCISCO SOCIEDAD COOPERATIVA, contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que: *Con suspensión del*



curso de los autos, se dé traslado a las otras partes personadas a los efectos del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por una posible nulidad de actuaciones practicadas hasta la fecha al amparo de lo establecido en el artículo 50 de la LC y, posteriormente, se anule este procedimiento ordinario, en todo caso, con imposición de las costas a los demandantes.

3.- La Procuradora D^a Mercedes Manero Barriuso, en nombre y representación de CAJA DE AHORROS MUNICIPAL DE BURGOS, contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se desestime totalmente la demanda, absolviendo de la misma a mi parte, con imposición de las costas a la parte contraria.

4.- La Procuradora D^a Mercedes Manero Barriuso, en nombre y representación de CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA (CAJA CANTABRIA), formuló declinatoria por falta de competencia objetiva. El Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos dictó auto de 17 de octubre de 2011 declarando la competencia objetiva del mismo. Interpuesto recurso de reposición, fue denegado por auto de 12 de diciembre de 2011. Dicha entidad interesó, tras lo anterior, la desestimación de la demanda.

5.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Burgos, dictó sentencia en fecha 5 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *Que estimando como estimo la demanda presentada por el procurador Sr. Esteban Ruiz en representación de Doña Edurne 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 LÍBERBANK, 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*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de "LIBERBANK, S.A." (antes Caja Cantabria, S.A.) la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Burgos, dictó sentencia con fecha 9 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *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.*

TERCERO .- 1.- La Procuradora D^a Mercedes Manero Barriuso, en nombre y representación de LIBERBANK, S.A. antes CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA (CAJA CANTABRIA), interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION POR INTERES CASACIONAL:**
PRIMERO .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alega infracción del artículo 1 de la Ley 57/1968.
SEGUNDO .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción del apartado 2º del artículo 1968 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

2.- Por Auto de fecha 24 de junio de 2014, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Antonio Rodríguez Nadal, en nombre y representación de D^a Edurne y OTROS y el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de "CAIXABANK, S.A. (antigua CAJA BURGOS) presentaron escritos de oposición al recurso de casación interpuesto de contrario.

4.- Por Providencia de fecha 6 de noviembre de 2014 se acordó someterlo al conocimiento del Pleno de la Sala, acto para el que se señaló el día 17 de diciembre de 2014, en el que efectivamente se celebró.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- En síntesis y en cuanto interesa para el presente recurso de casación, el *iter* fáctico que lleva al proceso y, ahora al recurso, es el siguiente.



En octubre de 2004, una serie de personas, actuales demandantes y parte recurrida en casación, "manifiestan su interés en participar en dicha promoción para que se le adjudique la vivienda..." (sic) promoción de viviendas unifamiliares en en Cardeñadizo (Burgos), como socios, que realiza la cooperativa SOLIDEL, después llamada SAN FRANCISCO, por un precio cierto, que se paga una parte en el momento del contrato, otra antes de final de octubre, otras en plazos mensuales y el resto a la finalización de obras. Figuran en el texto del documento privado, como compradores.

La construcción de las viviendas fue contratada con FERROVIAL-AGROMAN, S.A. La entidad CAJA CANTABRIA después constituida como LIBERBANK, S.A., recurrente en casación, financiaba la operación y garantizó su crédito mediante hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Las cantidades que han pagado los cooperativistas, compradores, se han ido depositando en CAJA DE BURGOS. Esta, más tarde, las transfirió a CAJA CANTABRIA.

El plazo para la entrega de las viviendas finalizó el mes de diciembre de 2008. FERROVIAL-AGROMAN, S.A. obtuvo embargo sobre las viviendas acabadas en garantía del precio de la obra, todavía impagado. La COOPERATIVA abandonó la obra, viviendas inacabadas y las acabadas con defectos constructivos que impiden su entrega, a comienzos de 2009; a continuación entró en concurso de acreedores. Al tiempo de la demanda (en abril de 2011) toda la obra inacabada está abandonada y es objeto de actos vandálicos.

Consta que los cooperativistas han cumplido sus respectivas obligaciones entregando las cantidades, realizando los ingresos en CAJA BURGOS y ni ésta ni la Cooperativa han exigido jamás la apertura de una cuenta especial ni la garantía de contrato de seguro o aval solidario que contempla y exige el artículo 1º de la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Los cooperativistas han solicitado la baja como socios de la cooperativa en marzo de 2010 con el siguiente texto, en el que, además, interesan el reintegro de las cantidades aportadas:

"El abajo firmante, en su calidad de socio de la Cooperativa C/ San Francisco promoción de Cardeñadizo UR-1, ante este Consejo Rector comparece y como mejor proceda en Derecho participa que, ante la imposibilidad manifiesta que viene demostrando esta Cooperativa para cumplir con el fin societario, mediante la conclusión de la obra y entrega de las correspondientes viviendas, ejerce de manera irrevocable su derecho a causar BAJA voluntaria, solicitando el reintegro de las cantidades aportadas, o ejecución del correspondiente aval ante Caja Cantabria."

2.- Los cooperativistas, que han perdido las cantidades satisfechas y no han obtenido las viviendas objeto del contrato han formulado demanda frente a la COOPERATIVA, CAJA DE BURGOS y CAJA CANTABRIA (hoy LIBERBANK, S.A.) en la que solicitan la declaración de la imposibilidad de la COOPERATIVA de cumplir el fin societario, siendo justificada la situación de baja de los mismos como socios cooperativistas y la declaración de responsabilidad solidaria de CAJA CANTABRIA y CAJA DE BURGOS.

La base de la demanda es el incumplimiento de la obligación legal que impone el artículo 1 de la mencionada ley del 27 julio 1968 y de la disposición adicional primera de la ley 38/1999, de 5 noviembre, de ordenación de la edificación, normativa de *ius cogens*.

3.- Habiéndose opuesto los codemandados, el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Burgos dictó sentencia de 5 marzo 2013 en la que estimó la demanda. Consideró que procedía declarar como justificada la baja de los demandantes en la COOPERATIVA y, no habiéndose constituido aval solidario, es obligación de las entidades financieras el devolver las cantidades anticipadas.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de Burgos, de 9 septiembre de 2013, confirmó la anterior. A la sentencia dictada en primera instancia se aquietaron tanto la COOPERATIVA, como la CAJA BURGOS. Ha quedado firme la declaración de justificada de la baja de los cooperativistas y en la segunda instancia ha sido objeto de la apelación la cuestión relativa a la responsabilidad de las CAJAS por la falta de exigencia del aval a que se refiere el artículo 1 de la ley de 27 julio 1968.

En esta sentencia se declara la responsabilidad de las entidades financieras en que pueden incurrir por las cantidades anticipadas al no exigir la constitución del seguro o aval, sin que sea esencial la cuenta especial, en el sentido de que si no se constituye ésta, no se exonera a la entidad financiera de responsabilidad. Responsabilidad que declara ser de carácter solidario. Asimismo, declara que se responde por la falta de exigencia del aval y el plazo de **prescripción** no ha transcurrido porque el *dies a quo* es el de las bajas de los cooperativistas a lo largo de 2010 y la demanda fue el 1 de abril de 2011. Al solicitar la baja, cada cooperativista se enteró de la inexistencia del aval, que garantizase la devolución de las cantidades anticipadas.

4.- La entidad, única apelante con el objeto único de su responsabilidad, CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y CANTABRIA, actualmente LIBERBANK, S.A. ha formulado el presente recurso de casación, en dos motivos.



El primero se refiere al verdadero fondo del asunto, que es la responsabilidad de esta entidad, conforme al artículo 1 de la ley de 1968, por la falta de otorgamiento por la COOPERATIVA de las garantías que establece dicha ley. Combate la declaración de la sentencia de instancia de que ello implique responsabilidad en esta entidad financiera. El segundo se refiere a la **prescripción** anual que contempla el artículo 1968, párrafo segundo, del Código civil y combate la declaración de la sentencia de instancia sobre el *dies a quo*, partiendo del concepto de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código civil.

SEGUNDO .- 1.- Al analizar los motivos de casación, procede comenzar con el segundo, referido a la **prescripción**, ya que es bueno que esta Sala se pronuncie sobre la misma, partiendo de dos extremos, el de tipo de responsabilidad y el de *dies a quo*. Lo cual es necesario porque la sentencia de primera instancia afirma que se trata de responsabilidad contractual, afirmación que no es objeto de justificación, ni de desarrollo alguno y la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que es extracontractual.

En este motivo segundo se alega infracción del artículo 1968.2º, del Código civil porque, partiendo de la **prescripción** anual que deriva de la responsabilidad extracontractual, impugna el *dies a quo* aceptado por la sentencia recurrida.

2.- En primer lugar, el motivo se rechaza por razón del tipo de responsabilidad. El artículo 1089 del Código civil dispone que *las obligaciones nacen de la ley...* No es tanto que la ley imponga una obligación sino que liga el nacimiento de ésta a un determinado hecho: es, pues, el hecho jurídico el que hace nacer la obligación. De ello se pasa al tema de la responsabilidad. Se ha distinguido la responsabilidad contractual, que deriva no ya del contrato sino de una relación jurídica entre el que tiene el deber de cumplir y el que tiene el derecho a recibir. Y la responsabilidad extracontractual se produce entre el que tiene el deber de reparar el daño y quien lo ha sufrido, no mediando relación jurídica alguna entre uno y otro. En el presente caso, el artículo 1.1 de la Ley de 27 julio 1968 impone una conducta que si no se observa, como omisión -hecho jurídico- hace incurrir en responsabilidad.

Si una entidad no cumple el mandato imperativo de dicha ley, está incumpliendo una obligación que le imponía la ley, cuya obligación derivaba del negocio jurídico de los cooperativistas. En modo alguno se puede afirmar que se trata de responsabilidad por acto ilícito, conforme al artículo 1902 del Código civil que está fuera de toda relación obligacional con los perjudicados. Estos, como deudores, se fundan en el negocio jurídico inicial y en el incumplimiento de la obligación que impone la ley en relación con el mismo.

En consecuencia, conforme al artículo 1968.2º del Código civil en relación con el 1902, no se aplica la **prescripción** anual, sino la general para las acciones personales, de quince años, que dispone el artículo 1964.

3.- En segundo lugar, el *dies a quo*. Aparte de lo expuesto hasta ahora, sobre la no aplicabilidad de la **prescripción** anual, se plantea el tema del *dies a quo*. Al ser el transcurso del tiempo un presupuesto esencial para la **prescripción**, se precisa determinar exactamente el momento del comienzo del mismo. A ello se enfrenta el artículo 1969 del Código civil al disponer que *se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*, (las acciones) es decir, la *actio nata*; el ejercicio de la acción permanece inactivo y a partir del momento en que pudo ejercitarse, se inicia en el cómputo del tiempo de la **prescripción**; es la posibilidad de ejercicio. Tiene un carácter objetivo, pero si se desconoce, el cómputo empezará desde que lo conoce el interesado, por lo que se acerca al criterio subjetivo. Tal como ha dicho esta Sala, en sentencia del 5 junio 2008, con referencia a otras anteriores, la acción nace cuando pudo ejercerse eficazmente; de lo contrario, *se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención y de ahí que no se puede reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo*.

La sentencia de la Audiencia Provincial, objeto del recurso, se equivoca al pretender la aplicación del artículo 1902 del Código civil, pero acierta al considerar el *dies a quo*, en estos términos:

*"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 pude 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."*



A lo largo del recurso se ha combatido la determinación del *dies a quo* que ha hecho la sentencia recurrida. Se mantiene en el recurso que el daño se manifestó en el momento en que se produjo el evento dañoso y este momento debe fijarse en enero de 2009 y el plazo ha transcurrido, porque se produjo el daño cuando la COOPERATIVA no pudo reintegrar el importe de las aportaciones por falta de aval o desde que las obras quedaron abandonadas.

No es así. Los cooperativistas sufren el daño (objetivamente) y advierten (subjektivamente) su existencia cuando intentan recuperar las cantidades que han anticipado y se les comunica que no se les devuelven por falta de aval. Así se ha declarado probado por la sentencia de instancia, incólume en casación. Lo cual coincide cuando se produjeron las bajas de los cooperativistas, en el curso del año anterior (2010) a la interposición de la demanda (1 de abril de 2011). Hecho probado declarado así en la sentencia de instancia.

A ello se añade lo que dice la sentencia de 5 junio 2003 :

"Sobre el extremo relativo al término inicial a partir del cual ha de iniciarse el cómputo del plazo correspondiente: la indeterminación de ese día inicial o las dudas que sobre el particular puedan surgir no debe en principio resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquella otra que pretende su extinción..."

Igualmente, las sentencias de 5 junio 2008 y 25 marzo 2009 , que reiteran la doctrina sentada por las de 10 de octubre de 1977 , 29 enero 1982 y 19 abril 2007 exponen:

*" Nuestro Código Civil, superando la teoría de la actio nata, afirmativa para ser posible la **prescripción**, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuando debe entenderse que nació, acepta, a través de la normativa del artículo 1969 , la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo al que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en sentencias de 26 de noviembre de 1943 , 29 de enero de 1952 y 25 de enero de 1962 , porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la **prescripción** extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo".*

De lo que deriva que los cooperativistas pudieron ejercitar las acciones que efectivamente han hecho en la demanda origen del proceso, desde que instaron la baja en la COOPERATIVA y comprobaron que nada había sido garantizado, conforme a la ley de 1968.

TERCERO .- **1.- Responsabilidad de la entidad financiera recurrente.** Esta se funda en la mencionada ley 57/1968, 27 julio. Su artículo primero , primer apartado, impone a *las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas...* y perciban cantidades anticipadas del precio, el deber de *garantizar la devolución de las cantidades entregadas... mediante contrato de seguro... o por aval solidario... para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin.* Y el apartado segundo añade que *las cantidades anticipadas por los adquirentes... habrán de depositarse en cuenta especial.* Y agrega el último inciso de este apartado, lo que es importante en el presente caso: *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.* Esta no es otra que la garantía de devolución de las cantidades entregadas, mediante el contrato de seguro o un aval solidario. Dicha norma es ratificada por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de ordenación de la edificación , que insiste en la garantía de las cantidades anticipadas, *mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 julio .*

Esta responsabilidad constituye la base del motivo primero del recurso de casación que, al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alega la infracción, precisamente, del artículo 1 de la citada ley , por aplicarlo indebidamente a esta entidad recurrente.

Las sentencias de 11 abril 2013 y 19 julio 2013 , profundizando en la línea marcada por las anteriores de 25 octubre 2011 y 10 diciembre 2012 , han declarado lo siguiente:

"...en la actual doctrina jurisprudencial ya no puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como una obligación meramente accesoria del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de una infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo. Por el contrario, la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha esforzado recientemente en orden a configurar el fundamento contractual de esta figura y su correspondiente imbricación en el contrato celebrado, al igual que ha hecho con la licencia de primera ocupación. Este desarrollo jurisprudencial se ha llevado a cabo de una forma progresiva. Así, en lo que podemos denominar como primera fase, STS 25 octubre 2011 (núm. 706, 2011) esta Sala ya resaltó, como principio general, que la omisión del aval o de la garantía, así como el depósito en cuenta especial de las



sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, artículo uno de la citada Ley 57/68 , implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o esencial."

En el mismo sentido, la del 7 mayo 2014, añade:

"El aval pretende asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores, en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada (preámbulo de la Ley 57/1968), previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando. Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución"

De esta normativa y de esta jurisprudencia, aunque no la hay específica sobre el tema planteado aquí, se desprende la responsabilidad del promotor que en este caso es la COOPERATIVA y de la entidad financiera CAJA BURGOS.

A la vista de los hechos, más que probados, admitidos, resulta que CAJA CANTABRIA, hoy la recurrente LIBERBANK, S.A. había constituido hipoteca sobre la finca donde la COOPERATIVA por medio de la entidad constructora debía construir las viviendas, lo que no hizo, y la entidad CAJA BURGOS recibía las aportaciones y ni uno ni otro había cumplido la exigencia de cuenta especial y aval que exigía la ley. Ambos se han aquietado ante la sentencia estimatoria de la demanda que pronunció en su día el Juzgado de 1ª Instancia, que ni siquiera fue apelada por ellas.

Lo que sí se plantea en este recurso es la responsabilidad de LIBERBANK, S.A.. Y éste debe ser estimado. Los cooperativistas NO ingresaron sus aportaciones en CAJA CANTABRIA, ésta era el acreedor hipotecario al que la otra entidad (CAJA BURGOS) que sí percibía las aportaciones, ingresaba fondos para cubrir el crédito hipotecario. No debe obviarse que aquella entidad era la que financiaba la operación y que estaba al margen de la COOPERATIVA y de la entidad (CAJA BURGOS) que recibía las aportaciones de los cooperativistas. En consecuencia, no se puede mantener que CAJA CANTABRIA quedaba afectada por aquella obligación legal; es ajena al ámbito que protege esta ley. El artículo 1 de la misma impone obligaciones a la entidad financiera a través de la cual la promotora percibe los anticipos de los adquirentes, pero no se refiere a la entidad financiadora de la promoción ni a aquellas entidades de crédito que pudieran recibir los fondos posteriormente.

En definitiva, no cabe aplicar esta norma y exigir la responsabilidad a la entidad financiera que, como la recurrente, es distinta de aquélla a través de la cual la promotora percibió las cantidades entregadas por los adquirentes, cooperativistas.

2.- En consecuencia, se estima este motivo, quedando fuera la recurrente, de la responsabilidad derivada de la citada ley.

CUARTO .- 1.- Estimando el motivo primero del presente recurso de casación formulado por la entidad LIBERBANK, S.A. que en la instancia figuraba como CAJA CANTABRIA, se debe casar la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial de Burgos que había confirmado la de primera instancia. Pero se debe casar únicamente en cuanto a lo que se refiere a la responsabilidad de la recurrente, sin alcanzar a los demás pronunciamientos que han sido consentidos, ni a la responsabilidad de la entidad que se ha aquietado a su condena. Por tanto, de la sentencia del Juzgado confirmada por la Audiencia Provincial se debe eliminar la referencia a la responsabilidad de LIBERBANK, S.A. sin alterar los demás pronunciamientos.

2.- En cuanto a las costas, débese eliminar la condena a la demandada actual recurrente, en las de primera instancia. Por el contrario, las costas relativas a la actual recurrente se imponen las de primera instancia a la parte demandante. Débese eliminar también la condena en costas acordada en segunda instancia. Asimismo, no procede condena en las de este recurso. Todo ello, conforme disponen los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El depósito constituido en este recurso le será devuelto a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "LIBERBANK, S.A." (antigua "CAJA DE AHORROS DE SANTANDER Y



CANTABRIA"), contra la sentencia dictada por la la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos en fecha 9 de septiembre de 2013 que SE CASA.

Segundo .- Se casa en el único sentido de anular la responsabilidad de esta entidad recurrente respecto a la pérdida de los anticipos efectuados por los demandantes, manteniendo el resto de los pronunciamientos

Tercero.- No se hace imposición de las costas causadas en este recurso. Tampoco se hace condena a la misma parte recurrente en las costas de primera instancia sino, por el contrario, se hace condena en las costas relativas a LIBERBANK, S.A. (la antigua CAJA DE AHORROS mencionada) a la parte demantante, ni en las causadas en el recurso de apelación que había formulado la misma.

Cuarto.- Devuélvase el depósito constituido.

Quinto .- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.-Eduardo Baena Ruiz.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jose Luis Calvo Cabello.- Rubricados.- - PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.