

**Audiencia Provincial Civil de Madrid**

**Sección Novena**

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035

Tfno.: 914933935

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2016/0213734

**Recurso de Apelación 260/2019 -1**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 70 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1260/2016

**APELANTE:** BANCO SANTANDER S.A.

[REDACTED]

**SENTENCIA NÚMERO:**

**RECURSO DE APELACIÓN Nº 260/2019**

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

**DÑA. INMACULADA MELERO CLAUDIO**

**D. JUAN ÁNGEL MORENO GARCÍA**

**DÑA. PILAR PALÁ CASTÁN**

En Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los Autos de Juicio Ordinario nº 1260/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 260/2019, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada [REDACTED]; y, de otra, como demandada y hoy apelante **BANCO SANTANDER, S.A.**, representada por el Procurador D. Eduardo Codes Pérez-Andújar; sobre reclamación de cantidad.

**SIENDO MAGISTRADA PONENTE LA ILMA. SRA. Dª. PILAR PALÁ CASTÁN.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida

**PRIMERO.**- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid, en fecha veintitrés de marzo de dos mil dieciocho, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “**Fallo:** Declarar que BANCO SANTANDER, S.A., con CIF A-39.000.013, incumplió el deber de vigilancia que le impone el artículo 1.2 de la Ley 57/68, en relación a las cantidades abonadas por la actora a la cooperativa de viviendas “Área Norte Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas”.

- Se condena a BANCO SANTANDER, S.A., con CIF A-39.000.013, a pagar a la demandante:

- En concepto de la indemnización que hubiera percibido si hubiera existido la garantía de la Ley 57/68, esto es, en concepto de la indemnización que hubiera percibido si hubiera existido la garantía de la Ley 57/68, esto es, en concepto de las aportaciones que realizó a la Cooperativa más los intereses legales de cada una de ellas devengados desde su pago y hasta la fecha del requerimiento de pago a la demandada -18 de noviembre de 2016, la cantidad de 74.161,39 EUROS, según el detalle que viene explicado en la liquidación de intereses aportada como DOCUMENTO Nº 20.

- Los intereses establecidos en el art. 1.108 CC., calculados sobre los anteriores importes, y que se devenguen desde la fecha de la interposición de la presente demanda -18 de noviembre de 2016– hasta la fecha de la sentencia.

- Los intereses previstos en el art. 576 LEC, calculados sobre los importes detallados en el punto primero del presente suplico, y que se devenguen desde la fecha sentencia y hasta el completo pago de la condena.

- Condene a BANCO SANTANDER, S.A., con CIF A- 39.000.013, a cargar con las costas de la presente litis.”.

**SEGUNDO.**- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la parte demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, que se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.**- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día diecisiete de julio del año en curso.

**CUARTO.**- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- La representación de BANCO DE SANTANDER S.A. recurre en apelación la sentencia dictada con fecha 23 de marzo de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid que estima la demanda de [REDACTED] [REDACTED] formulada en reclamación de condena a la devolución de cantidades depositadas en cuentas bancarias abiertas a nombre de la Cooperativa Área Norte, a la que se adhirió la demandante con la finalidad de adjudicarse una vivienda para lo cual suscribió contrato de adhesión el día 17 de mayo de 2004.

En su demanda la actora alega que se incorporó a la Cooperativa Área Norte en el año 2004, que la entrega de la vivienda estaba prevista para el año 2008 y que en julio de 2009 las viviendas no estaban terminadas ni próximas a terminarse por lo

que solicitó su baja en la Cooperativa. Significa que ésta no está en condiciones de devolverle las sumas anticipadas por su situación de insolvencia y que no había suscrito aval o seguro con tercero para garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los cooperativistas más sus respectivos intereses, conforme señalaba el artículo 1 de la Ley 57/1968 vigente entonces vigente.

La sentencia de primera instancia considera acreditada la realización de los ingresos en cuentas abiertas en la entidad bancaria demandada mediante los justificantes bancarios aportados y el certificado de la Administración Concursal de la Cooperativa, declarada en concurso.

Aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre responsabilidad de las entidades de crédito que admitan ingresos en la cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y condena a BANCO DE SANTANDER a la restitución de cantidades con intereses desde cada una de las aportaciones.

**SEGUNDO.**- Como motivos del recurso se invocan:

- a) La incorrecta aplicación e interpretación de los artículos 5.2 y 10 LEC. BANCO DE SANTANDER carece de legitimación pasiva y la demandante de legitimación activa para comparecer en este procedimiento.
- b) Incorrecta valoración de la prueba. La realidad de los supuestos pagos a cuenta aducidos por la demandante no ha quedado acreditada.
- c) Incompleta valoración de la prueba. Sobre el acuerdo alcanzado por la demandante con la administración concursal.

**TERCERO.**- Estima la apelante que ninguno de los documentos aportados revela que la demandada ostentase la cualidad de depositaria de las cantidades

abonadas a la Cooperativa y mucho menos que emitiese ningún tipo de aval al amparo de la Ley 57/1968.

Está acreditado que la actora se incorpora a la cooperativa en subrogación de un socio anterior al que abona 19.290,05 euros (documento nº 16). En el documentonº 13 de la demanda la Cooperativa certifica que tal cantidad se ingresó en la cuenta que ésta tiene abierta en el BANCO DE SANTANDER.

Como parte del documento 16 se incorporan recibos de cuotas sucesivas cargadas en la cuenta que la actora tiene abierta en BANKIA. En el recibo figura como emisora AREA NORTE SOCIEDAD COOPERATIVA y se identifica a la entidad que lo gira con una numeración que comienza con los dígitos 0049 que corresponden a BANCO DE SANTANDER.

La parte demandada opone que estos justificantes de ingreso no acreditan que se trate de abonos efectuados en una cuenta de la promotora y menos que fuesen en concepto de pago del inmueble que iba a adquirir la [REDACTED]. Significa que no queda claro cuál es el fin de la domiciliación y las aportaciones de un cooperativista pueden ser muy diversas.

**CUARTO.**- El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de diciembre de 2015, recurso 2470/2012, entra en el análisis de esta cuestión fundándose en la abundante jurisprudencia relativa a la Ley 57/1968, de 27 de julio, con la puntualización de que, en realidad, la norma que principalmente debe ser interpretada es la contenida en la condición 2ª del art. 1 de dicha ley según la cual os promotores deben percibir las cantidades anticipadas « *a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la 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* » (es decir, un seguro o un aval bancario).

El Tribunal Supremo en la sentencia que se examina declara que “la « responsabilidad » que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de « exigir ». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, aunque sea cierto, como considera la sentencia impugnada, que la promotora podía haber concertado seguro o aval con otra entidad, en cambio no es acertado entender que, constando incluso en el propio documento de ingreso el destino o razón de las cantidades anticipadas (« reserva de vivienda y 20% vivienda »), de esto no se derivara « obligación legal alguna » para la entidad de crédito codemandada. Muy al contrario, precisamente porque esta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el art. 1-2ª de la Ley 57/1968”.

En el mismo sentido se pronuncian sentencias posteriores del Tribunal Supremo. Así, la de 9 de marzo de 2016 (recurso 2648/2013) y 17 de marzo de 2016 (recurso 2695/2013). En las sentencias 102/ 2018 de 28 de febrero, 436/2016 de 29 de junio, 779/2014 o 636/2017 el TS declara que si no existe garantía, como es el caso, ello no impide que las entidades de crédito que admitan ingresos de los

compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía respondan frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas.

La entidad bancaria demandada era la tomadora de los efectos pasados al cobro en los que constaba como emisora la sociedad Cooperativa que tenía abierta la cuenta en la entidad demandada. Tratándose de cuenta abierta por una Cooperativa donde regularmente se recibían ingresos de los cooperativistas y conforme resulta del certificado de la entidad aportado como documento nº 18 de la demanda se estima que BANCO DE SANTANDER *supo o tuvo que saber* que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción. Dado que infringe la obligación legal de abrir una cuenta especial y de acuerdo con la jurisprudencia citada responde de su devolución.

En cuanto a la suma de 19.290,05 euros la actora, al no haber hecho el pago inicial no puede justificar su ingreso en cuentas de la demandada más que con los documentos que aporta, certificación de la cooperativa y de la administración concursal. BANCO DE SANTANDER lo niega pero cuenta con mayor facilidad probatoria para demostrar que en la fecha indicada no recibió el ingreso del anterior adjudicatarios de la vivienda en cuya posición se subroga la actora (artículo 217 LEC), lo que no verifica.

Se otorga por ello valor probatorio a los documentos que presenta ésta y se considera igualmente justificada esta cantidad.

Por ello se entiende que la actora acredita que ha efectuado los anticipos cuya devolución solicita, extremo al que se contrae el segundo motivo del recurso, que no se acoge. Estos ingresos le otorgan legitimación para accionar. Igualmente BANCO DE SANTANDER como depositaria de las sumas lo está pasivamente, tal como resulta de la jurisprudencia citada (artículo 10 LEC) ya que admitió éstos sin proceder

a la apertura de la cuenta especial prevista en la Ley 57/68. Se desestima en consecuencia el primer motivo del recurso.

**QUINTO.-** El tercer motivo de apelación se centra sobre el acuerdo alcanzado por la demandante con la administración concursal, considerando incompleta la valoración de la prueba que efectúa al respecto la sentencia de primera instancia.

Bajo este epígrafe se hace referencia a la baja de la cooperativista en el año 2009, que la sentencia considera justificada. Tendiendo a que el contrato de adhesión del 2004 no establece plazo de entrega de la vivienda, estima la apelante que en el momento de interesar la cooperativista la baja en la Cooperativa no había incurrido ésta en incumplimiento alguno, por no concurrir a esa fecha la condición legal de que no se haya entregado el inmueble en el plazo indicado o no se haya comenzado su construcción (artículos 1 y 3 Ley 57/1968).

Es incontrovertido que no es sino el 28 de octubre de 2008 cuando se cuenta con la licencia de obras, obteniéndose la de primera ocupación en julio de 2011.

El contrato de adhesión de 17 de mayo de 2004 (documento 5 bis de la demanda) no establece plazo de entrega de la vivienda pero sí un calendario de pago de tres cuotas de 8.025 euros y 48 recibos mensuales cuyo primer vencimiento es el 5 de junio de 2004 y el último el 5 de mayo de 2008. El resto del precio se abonaría a través de un préstamo hipotecario que se pretendía constituir con una entidad financiera.

A falta de pacto expreso sobre el plazo de construcción este plan de pagos evidencia una previsión de entrega de las viviendas en el año 2008, ya que en mayo de ese mes se procede al abono de la última cuota previa a la subrogación en el préstamo hipotecario. A este respecto ha de estarse a lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia del Pleno, S 20-01-2015, nº 778/2014, rec. 196/2013 que



declara que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Sin que sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.

Se aprecia en este caso incumplimiento del contrato por el vendedor en la fecha de la baja voluntaria del cooperativista el 3 de julio de 2009 (documento nº 6 de la demanda), fecha en que no estaba construida la vivienda, cinco años después de firmarse el contrato de adhesión y concluido el calendario de pagos previo a la subrogación en el préstamo hipotecario.

**SEXTO.**- Subsidiariamente se interesa el inicio del devengo de los intereses desde la interposición de la demanda.

Si bien es cierto que la Disposición Adicional 1ª de la LOE , en su redacción aplicable, prevé el devengo del interés legal hasta el reintegro de las aportaciones sin fijar el "*dies a quo*", teniendo en cuenta la naturaleza de los intereses previstos en la LOE, que tienen como fin que las cantidades entregadas se vean actualizadas sin que se produzca un empobrecimiento de los compradores, necesariamente se ha de considerar, siguiendo el criterio mantenido en STS del 17 de marzo de 2016 y 19 de febrero de 2019 , recurso 782/2018 -que el "*dies a quo*" en el devengo de intereses debe ser el momento de la aportación como se establece expresamente en la actual redacción de la D. A. primera LOE , Dos. 1 .b dada por Ley 20/2015 de 14 de julio.

Decae por ello el último motivo del recurso, que se desestima en su integridad, confirmando la sentencia de primera instancia.

**SÉPTIMO**.- En aplicación de lo dispuesto en el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 394.1 del mismo Cuerpo Legal, y al desestimarse el recurso de apelación, las costas de esta alzada se imponen a la parte recurrente.

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

### **III.- FALLO**

**LA SALA ACUERDA:** 1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de BANCO DE SANTANDER S.A. contra la sentencia dictada con fecha 23 de marzo de 2018 por el Juzgado de Primera Instancia nº 70 de Madrid.

2.- Imponemos las costas de esta alzada a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.

## **RECURSO DE APELACIÓN 260/2019**

**PUBLICACIÓN.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico. En Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.