

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

Seguido el juicio por sus trámites legales ante el XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de SANTIAGO DE COMPOSTELA, por el mismo se dictó sentencia con fecha 23/1/18 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente:

"Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMOLA demanda interpuesta por D. Maximiliano contra ASEFA,S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, con imposición de costas a la parte demandante."

SEGUNDO.-

Notificada dicha resolución a las partes, por D. Maximiliano se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para la deliberación, votación y fallo, el pasado día nueve de noviembre de dos mil dieciocho, en que ha tenido lugar lo acordado.

TERCERO.-

En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La sentencia apelada resuelve una demanda de reclamación de cantidad dirigida por D. Maximiliano frente a la aseguradora "ASEFA SA SEGUROS Y REASEGUROS" con base en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, si bien también se invocan la Ley 38/99 de ordenación de la edificación, la Ley de Contrato de Seguro y otras disposiciones relativas a la normativa general de obligaciones y contratos; así como la STS nº 540/13 de 13 de septiembre y la SAP A Coruña nº 352/15 de 9 de noviembre .

Como se dice en la demanda, se ejercita la acción individual y directa que resulta del contrato de póliza colectiva de seguro de caución que la entidad demandada suscribió con la cooperativa "MUIÑA SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA" a fin de garantizar el buen éxito de las aportaciones realizadas por los socios cooperativistas, entre los cuales se encuentra el actor.

La parte demandada se opuso alegando: a/ falta de acción del demandante por haber causado baja voluntaria en la cooperativa y por tanto ausencia de un contrato de adhesión suscrito con la entidad demandada en el momento de producirse el siniestro; b/ prescripción de la acción por haber transcurrido más de dos años desde la fecha en la que causó baja en la cooperativa hasta la primera reclamación; y c/ subsidiariamente la incorrecta reclamación de las cantidades que se exigen en la demanda.

En la sentencia se desestimó la demanda. En primer lugar, se hace un análisis del precedente fáctico poniendo de relieve la sucesión cronológica de fechas y datos. En segundo lugar, se expone, con cita de preceptos, que tanto la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas como la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación establecen que las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas deben garantizar la devolución de las cantidades recibidas mediante aval o seguro de caución para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido.

A continuación, se analiza la alegación de prescripción de la acción para desestimarla y seguidamente, entrando en el análisis del fondo se recuerda que lo relevante para la resolución del debate no es si el actor se dio de baja antes de la interposición de la demanda, sino si al tiempo de instar la baja se había producido el evento objeto de cobertura. Considera que a tenor de la Ley 57/68, de la Ley 38/99 y de las condiciones particulares de la póliza, el riesgo asegurado es la falta de entrega de la vivienda o el fracaso del proyecto de la cooperativa y no la insolvencia de la misma, que según se afirma, es lo que pretende la parte actora. En este sentido cita la STS, Pleno, nº 540/13 de 13 de septiembre de 2013 . Y, concluye que, en este caso, a pesar de que el actor manifiesta que su solicitud de baja se debió a demoras en la entrega de la vivienda, lo cierto es que no resulta acreditado que a la fecha de la solicitud de baja, en noviembre de 2007, se hubiera producido ningún incumplimiento

que suponga la producción del riesgo objeto de cobertura. En apoyo de esta tesis cita la SAP A Coruña nº 267/17 de 14 de julio de 2017 . Finalmente impone las costas a la parte demandante.

En el recurso de apelación se denuncia que se ha producido una errónea valoración de la prueba y una errónea aplicación del derecho. El primer motivo se centra en intentar acreditar la frustración definitiva de la construcción de la vivienda para la que el actor había hecho sus aportaciones. En tal sentido se basa en el Auto 22/10/2014 de declaración de concurso voluntario de acreedores, en la lista de acreedores en la que consta el actor y en el Auto de 6/6/2016 en el que se declara la firmeza de la fase común de concurso y la apertura de la fase de liquidación.

Mediante el segundo motivo en el que se denuncia inadecuada aplicación del derecho alega que la juez a la hora de resolver interpreta de forma discrepante a la del recurrente la jurisprudencia que se expone en la demanda. Denuncia que la juez no ha aplicado la SAP A Coruña 352/15 de 9 de noviembre sobre la restitución de las aportaciones garantizadas por el seguro de caución aún cuando un socio se hubiera dado de baja. Y que, ha optado por aplicar la SAP de la misma Sala nº 267/17 de 14 de julio de 2017 .

Con carácter subsidiario pide que no se condene en costas.

SEGUNDO.-

Por las partes no se discuten los hechos que subyacen al ejercicio de la acción, todos ellos documentados, sino cuestiones jurídicas de interpretación de la prueba y aplicación del derecho. En cuyo sentido ha de indicarse que, tras ponderar de nuevo el conjunto de lo actuado hemos de confirmar la sentencia apelada en la que se analizan con rigor y acierto todas las cuestiones planteadas y se resuelven acertadamente.

Los hechos de los que se ha de partir son los siguientes:

- 12/9/2005 se formuló la solicitud de adhesión a la cooperativa en formación;
- 23/5/2006 es la fecha constitución de la cooperativa, en la que se preveía que la entrega de las viviendas tendría lugar en 6 años;
- 2/3/2010 (folio 45) supuestamente es la fecha de la póliza de seguro de caución entre la cooperativa y la entidad demandada (el documento aportado comienza en la página 3);
- 12/6/2009 fecha del certificado de seguro de caución a favor del actor (folio 46)
- 21/11/2007 el actor solicitó baja en la cooperativa;
- 15/02/2008 la cooperativa autorizó la baja;
- Mediante Auto de 22/10/2014 la cooperativa fue declarada en concurso.
- El actor sostuvo un procedimiento judicial frente a la Cooperativa en reclamación de la devolución de cantidades en su día aportadas que concluyó con sentencia estimatoria de 14/12/2012 sentencia (folio 25).

Es un hecho admitido, que tiene su base en la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas como la Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación que el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto, y a esta conclusión conducen tanto la ley como las condiciones particulares del seguro litigioso no desvirtuadas por las. El riesgo asegurado en este tipo de seguros es siempre y como mínimo el eventual fracaso del proyecto constructor. En todo caso se debe asegurar el riesgo previsto en el artículo 1 de la Ley 54/1968 , esto es "que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido".

En el presente caso a tenor del certificado de seguro aportado con la demanda, su objeto era garantizar que las cantidades ingresadas por el asegurado se destinarían exclusivamente a efectuar pagos que estén relacionados con la promoción llevada a cabo de conformidad con el contrato de adhesión. A su vez en las Condiciones Particulares se define el tipo de riesgo como seguro de caución en garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas. Por tanto, se ha procedido a asegurar únicamente este riesgo mínimo sin adicionar otras garantías, por lo que la cobertura de la póliza queda restringida a los fines expuestos, sin que suponga como bien se dice en la sentencia, un seguro que garantice la insolvencia de la cooperativa.

Poniendo lo expuesto en relación con la prueba documental también se comparte con la juez de instancia que ha quedado acreditado que en el momento en que el actor se dio de baja en la cooperativa, en noviembre de 2007, no se había operado el fracaso de la promoción, dado que ni se ha acreditado por parte del actor que se hubiera incurrido en ningún incumplimiento, ni cabe deducirlo puesto que restaban más 4 años para que finalizase el plazo previsto de entrega que vencía el 23/5/2012.

Evidentemente, ha de compartirse con el apelante que la finalidad del proyecto inmobiliario se frustró dado que la cooperativa está en concurso, pero la declaración de concurso es muy posterior a la fecha en que el actor causó baja, pues data de 2014. Siendo lo determinante a los efectos que nos ocupan que a la fecha en la que el demandante causó baja no existe prueba de que se hubiese frustrado el buen fin de la promoción o de que la cooperativa hubiese incumplido sus obligaciones, extremos cuya carga corresponde a la parte demandante.

En este sentido la SAP de A Coruña, Sección 4ª, de 14 de julio de 2017 , aborda esta cuestión en los siguientes términos: "12. De la misma manera que en caso de desistimiento de un contrato de compraventa -si el comprador sobre plano se hubiese reservado esa facultad- o de resolución por incumplimiento del comprador, el eventual derecho al reintegro de las sumas entregadas a cuenta no estaría normalmente cubierto por el aval solidario o el seguro de caución que el promotor hubiese constituido en cumplimiento de su obligación legal, tampoco en el caso de baja del socio cooperativista fundada en su voluntad de abandonar la cooperativa y al margen de cualquier incumplimiento de las obligaciones de la cooperativa asume la aseguradora de caución, salvo pacto que así lo prevea, la obligación de restitución que a la cooperativa incumbe. Si no hay incumplimiento de la obligación de construir o de entregar la vivienda comprometida no surge la concreta obligación de indemnizar a cargo del promotor o cesionario para cuya cobertura es legalmente obligatorio concertar un seguro de caución o un aval solidario. Es por ello coherente con el objeto propio del seguro en este caso -y no una cláusula limitativa- la previsión del apartado 4 del condicionado general impreso en el reverso del certificado individual de seguro, a tenor de la cual se procederá a la cancelación de los certificados individuales de seguro de caución a aquellos asegurados que hayan causado baja voluntaria en la cooperativa, o que hayan sido expulsados de la misma (nuestra valoración no abarca el contenido total de la cláusula, pues es al menos concebible que la baja voluntaria se articule como reacción frente a un previo incumplimiento de la cooperativa como promotora y, en tal evento, ampararíamos sin duda el derecho del cooperativista a reclamar de la aseguradora el cumplimiento de la obligación de restitución que incumbe a la cooperativa)".

Esta postura encuentra apoyo en la STS de 23 de marzo de 2015 . En esa sentencia se dice que "la garantía de las cantidades anticipadas no puede subsistir si el contrato de compraventa se extingue, como en el presente caso, por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el art. 1847 "[l]a obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor", y conforme al art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro , relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es "el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales". Para añadir que "cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante". Por lo que se establece como doctrina que "La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda".

Coincidimos con la sentencia apelada en que la baja voluntaria del socio cooperativista puede equipararse al supuesto de desistimiento o mutuo disenso en la compraventa, cuando esa baja no es consecuencia del incumplimiento por la cooperativa de la obligación de conseguir el buen fin de la construcción.

En el caso que examinamos la parte actora no acreditó la causa de la baja voluntaria. Sí consta en las condiciones generales la previsión de cancelación del certificado individual de seguro en caso de baja voluntaria en la cooperativa.

De nuevo en palabras de la ya citada SAP de la Sección 4ª de A Coruña "el incumplimiento a que la demanda se refiere no es el de iniciar la construcción del edificio o entregar las viviendas, sino el de la obligación de restitución consiguiente a la baja voluntaria a que se refiere el artículo 121 de la LCG, y no consta en modo alguno que las consecuencias de tal incumplimiento deban ser asumidas por la aseguradora ASEFA en virtud del contrato de seguro de caución a que se refiere el certificado individual aportado con la demanda y su ampliación, que debe ser por ello desestimada en cuanto que contra ella dirigida, con estimación del recurso interpuesto".

No se comparte el criterio sostenido en la SAP A Coruña de nº 352/2015 de 9 de noviembre , en la que se suscitan matices distintos de los que sirven de fundamento a la presente resolución confirmatoria de la sentencia de primera instancia. En este sentido se ha manifestado este tribunal en las sentencias recaídas en los rollos de apelación nº 52/18 , Sentencia nº 170/18 de 28/9/18 , y rollo de apelación nº 99-18, Sentencia nº 195/18 de fecha 9/11/18 .

TERCERO.-

De lo expuesto se deduce la necesaria confirmación de la sentencia con desestimación del recurso de apelación.

No obstante, no procede imponer las costas de ninguna de las instancias al demandante/apelante por apreciar que el debate suscita dudas de derecho que han determinado sentencias contradictorias incluso en la misma Audiencia. Así lo autoriza el art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con relación a la primera instancia y lo establece el art. 398 con relación a la segunda.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y de conformidad con el artículo 117 de la Constitución ,

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación promovido por D. Maximiliano , contra la sentencia de 23/1/2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3, de Santiago de Compostela , en los autos de Juicio Ordinario número 69/2017 la confirmamos sin hacer pronunciamiento en las costas de ninguna de las instancias.

Notifíquese esta Sentencia en legal forma a las partes, haciéndoles saber que conforme al art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial podrá interponerse frente a la misma recurso de casación en interés casacional, que deberá ser interpuesto ante esta Sección en el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia de la que se pondrá certificación literal en el Rollo de Sala de su razón, incluyéndose el original en el Libro de Sentencias, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 15078370062018100334