AUD. PROVINCIAL SECCION N. 14
MADRID

Rollo: RECURSO DE APELACION 320 /2012

SENTENCIA N°

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN 17 DIC 2012
NOTIFICACIÓN 18 DIC 2012
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

Ilmos. Sres. Magistrados:

PABLO QUECEDO ARACIL
AMPARO CAMAZON LINACERO
JUAN UCEDA OJEDA

En MADRID, a treinta y uno de octubre de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14ª de la Audiencia Provincial de MADRID, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1431/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 96 de MADRID, a los que ha correspondido el Rollo 320/2012, en los que aparece como parte apelante ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el procurador D.
., y asistida por el Letrado D.
, y como apelados

-- Dña. , y representados por la procuradora Dña. -- sobre asistidos por el Letrado D. reclamación de cantidad, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. PABLO QUECEDO ARACIL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 96 de Madrid, en fecha 31 de octubre de 2011 se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª. en nombre y representación de D. D.

Dª [redacted] contra ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA) representada por el Procurador de los Tribunales D. [redacted] condeno a la parte demandada ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA) a:

A) Que abone las siguientes cantidades a:

- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª. [redacted] ARCÍA la cantidad de 114.690,30 euros.

- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 84.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 87.175,04 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 87.175,04 euros.
- D. [redacted] Y Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª. [redacted] la cantidad de 124.690,30 euros.
- Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª. [redacted] Y D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 110.229,71 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 41.500 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 93.187,87 euros.
- Dª. [redacted] la cantidad de 116.769,08 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 113.189,08 euros.
- Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª. [redacted] Y D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 87.345,15 euros.
- Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 42.500 euros.
- Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] Y Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.

- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 40.000 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. [redacted] la cantidad de 107.040,03euros.
- D. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.
- Dª [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros.

B) De dichas cantidades se descontarán las cantidades que cada demandante haya percibido, en su caso, en el procedimiento de Concurso Ordinario 418/2010 seguidos en el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid.

C) Dichas cantidades se incrementarán con el interés legal del dinero vigente desde el ingreso en las cuentas de la cooperativa, e incrementado en dos puntos desde la fechas de la sentencia hasta su completo pago.

D) No se imponen las costas a ninguna de las partes".

En fecha 28 de noviembre de 2011 se dictó auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se aclara la sentencia de 31 de octubre de 2.011 en su FALLO APARTADO

A) Dónde dice: -D. [redacted] Y Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros. Debe decir. D. [redacted] Y Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,35 euros.

Donde dice:- Dª [redacted] la cantidad de 116.769,08 euros. Debe decir: Sª. [redacted] la cantidad de 106.769,08 euros.

Dónde dice. -Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,30 euros. Debe decir: Dª. [redacted] la cantidad de 114.690,35 euros.

Se aclara el fundamento QUINTO de la misma donde dice: "En cuanto a los intereses reclamados. Se solicita por una parte se abonen los intereses legales a la cooperativa JARDINES DE VALDEBEBAS, SCM desde el ingreso de las cantidades anticipadas por los demandantes hasta la fecha de su abono y por otra parte los intereses del art. 20 de la LCS.

En primer lugar resaltar que aunque la sociedad cooperativa es tomadora del seguro no es parte en este procedimiento por lo que no resulta posible acordar unos intereses a su favor. Dichos intereses no tienen justificación puesto que la estimación de la demanda tiene su base en los contratos individuales de seguro, y como consecuencia de haberse producirse el siniestro que cubría la póliza."

Debe decir: "Se solicita por la parte actora el abono de los intereses de art. 20 de la LCS". Manteniendo el resto de párrafos del fundamento.

Se aclara el pie de la sentencia. Donde dice: "Notifíquese esta resolución de las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación, que se preparará en el plazo de cinco días, a contar del siguiente al de su notificación, en este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. .."

Debe decir: "Contra esta sentencia cabe recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial, que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de esta sentencia, conforme establece el art. 458 de la LEC.".

SEGUNDO.- Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte demandada ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, al que se opuso la parte apelada D. [redacted], Dña. [redacted]

quien también impugnó la sentencia en los términos que se dan aquí por reproducidos, a cuya impugnación, la parte ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, presentó alegaciones, que igualmente se dan aquí por reproducidas, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LEC, se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 17 de octubre de 2012.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

No se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Ambos litigantes se alzan contra la sentencia de instancia, el actor para que se revoque íntegramente, y el demandado para que se revoque solo en el particular en el que no concede los intereses del Art.20 L.C.S. ni impone las costas al demandado.

Recurso de Asefa S.A. de seguros y reaseguros (en adelante ASEFA)

Opone una alegación preliminar en la que traza las líneas generales del recurso, a modo de índice de las cuatro posteriores.

En la primera defiende que la póliza de seguro de caución contratada por Jardines de Valdevebas no es una póliza de seguro a las que se refiere la ley 57/68.

Mantiene que no existe obligación legal de contratar una póliza de las de la Ley 57/68 cuando ni siquiera se ha obtenido la calificación provisional de vivienda protegida.

La diferencia entre pólizas de caución global o pólizas de Tramo I, y pólizas a las que se refiere la Ley 57/68 y la D.A.1ª L.O.Ed. conocidas como pólizas de Tramo II, es de sobra conocida pero el Juez de Instancia las ignora, y aplica la legislación citada más arriba que es inaplicable. Esa diferencia la conoce también la Administración. Así, la Comunidad Autónoma de Madrid la tiene reconocida en el Art.12 del estatuto modelo para cooperativas de viviendas, que reconoce las diferencias entre ambos seguros, y el momento de su contratación.

Además de la lectura reposada de las disposiciones legales que regulan la materia puede llegarse a la conclusión que se postula en relación a la diferencia de seguros, y de su ámbito de actuación. La ley 57/68 no establece la obligación de contratar el seguro antes de que la cooperativa cuente con la calificación provisional de las viviendas, y la D.A. tampoco lo exige antes de la construcción, pues se refiere a las cantidades que se entreguen durante el periodo de ejecución de obra. El Decreto 2114/1968, que publicaba el Reglamento de Viviendas de Protección oficial, fija el momento de la obligación de asegurar durante la construcción y desde que se obtiene la calificación provisional de viviendas, criterio en el que abunda el Rdt°2028/1995 dictado para

regular la financiación especial de las viviendas de protección oficial, y del mismo modo lo hace la legislación autonómica; Decreto 74/2009 de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En su opinión, y desde el examen de la póliza contratada, no puede llegarse a la conclusión del Juez de Instancia, ya que la póliza no es de las comprendidas en la Ley 57/68.

A la vista de la póliza, y de los certificados individuales de seguro aportados a los autos, no puede llegarse a la conclusión a que llega el Juez de Instancia; la única conclusión posible es la de un seguro global de caución sujeto al Art.68 L.C.S.

El segundo motivo opone que el hecho de que asumiera el control financiero de la cuenta restringida donde se ingresaban las cantidades entregadas a cuenta no es significativo. Esa facultad de control de gestión no es exclusiva de los seguros de la Ley 57/68, y no puede confundirse el control de gestión de la cuenta con el riesgo asegurado, ni el cobro de primas con la comisión de gestión.

La facultad de gestión tiende a asegurar que las disposiciones de fondos se hagan para los gastos anteriores a la construcción, es decir; para pago de proyecto, adquisición de suelo etc., y no para el buen fin de las viviendas. La comisión de gestión es un gasto que se cobra al asegurado por la gestión e intervención de la cuenta, y la prima es el precio del seguro que en caso de reaseguro se cede al reasegurador.

Además la aseguradora no interviene en la redacción y emisión de los certificados bancarios de cuenta, ni las entidades que los emiten son asegurados de ASEFA.

En el tercer motivo opone que el Juez de Instancia no ha analizado correctamente los contratos de adhesión de los cooperativistas.

El cooperativista se adhiere a un proyecto de promoción, pero en el momento en que lo hace es imposible determinar con la exactitud necesaria cual es la vivienda concreta que se adjudica: que adquiere, por eso el contrato no es de compraventa ni de adjudicación. Es de adhesión y adjudicación provisional de derechos de suelo, para la construcción de viviendas y plazas de garaje. Así de sus clausulas IV, V, y VI se deduce que estamos ante la adhesión a un proyecto de promoción a largo plazo, y de las clausulas VII, VIII, IX se deduce que en esa fecha no había ni proyecto de construcción, ni se había designado constructora que ejecutase las obras, ni se conocía el coste de las obras, ni el plan parcial de pagos de la clausula XIII permite otra conclusión que la de que en esos momentos se estaba pagando era la adquisición del solar.

En el cuarto y último motivo se denuncia la errónea condena al pago de los intereses legales

Recurso de los demandados.

En el primer motivo pretende que se aplique el interés del Art.20 L.C.S. y no los que dice la Ley 57/68 o la D.A.1ª de la L.O.Ed.

En el segundo motivo pretende que se impongan las costas demandado al estimar el motivo anterior.

SEGUNDO.- Recurso de ASEFA: el contrato de seguro litigioso. (I)

La Exposición de Motivos de la Ley 57/68 es bien clara al definir cual es la finalidad de la Ley; extender a las demás viviendas el sistema originalmente ideado para las viviendas de protección oficial, justificándolo de la siguiente manera: "obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella"

Por su parte, el Art.1 de la Ley 57/68 que nos dice: 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:"

Con arreglo a los preceptos transcritos sería posible mantener la sentencia de instancia, ya que las cantidades entregadas a cuenta lo han sido antes de la construcción, a este dato se unirían otros dos. El primero la ambigüedad de las condiciones generales de la póliza, que a la hora de definir el riesgo no hace más que copiar la Ley del Contrato de Seguro. El segundo los certificados de las entidades bancarias donde está abierta la cuenta especial, que habla claramente de cantidades adelantadas al amparo de la Ley 57/68.

Pero debemos examinar la cuestión más profundamente.

TERCERO.- Recurso de ASEFA: el contrato de seguro litigioso. (II)

Las condiciones generales del seguro entre las partes con la ambigüedad mencionada más arriba, se intregan en el contrato pero su paquete normativo no son solo las condiciones generales, lo son también la particulares y especiales, y estas son muy restrictivas.

En las condiciones particulares no se habla para nada de la Ley 57/68. Al definir el tipo de riesgo se dice que es seguro de caución en garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas de la promoción 120VRL+50VPP ámbito urbanístico Valdebebas US 4.01. A esas condiciones se deben unir las especiales de cooperativas que de forma muy clara dicen que su objeto no es el de la Ley 57/68, si no el de garantizar que las cantidades entregadas se destinen exclusivamente para atender la necesidades de financiación de la promoción ya citada.

El último documento es el certificado individual de seguro que ya es mucho más preciso Los aportados, uno por cada uno de los demandantes, son todos iguales, repiten el concepto ya visto de asegurar el destino de las cantidades entregadas para la financiación de la promoción, y añade que no asegura el buen fin de la promoción, ni la entrega de las viviendas, ni otras cantidades entregadas que no lo hayan sido a través de la cuenta especial.

Desde este punto de vista podemos decir que el seguro no era el de la Ley 57/68; era otro tipo de seguro distinto. Ni siquiera es obstáculo el documento nº 72 del actor, pues en ese documento no se habla de la entrega de las viviendas si no del buen fin de las cantidades entregas.

CUARTO.- Recurso de ASEFA: nacimiento de la obligación de asegurar conforme a la Ley 57/68

Los preceptos citados más arriba podrían inducir a pensar que la obligación de asegurar nace con la misma promoción de viviendas, y desde el momento de la fundación de la cooperativa.

Pero esa afirmación no nos convence, porque es dejar indeterminado el día inicial del contrato de seguro, fundamental a la hora de definir el riesgo.

Para llega a conclusiones seguras debemos repasar la normativa que establece la obligación de asegurar, y la naturaleza del contrato de los cooperativistas.

El Art.3 de la ley 57/68 ordena que: "**Expirado el plazo de iniciación de las obras (negrita es nuestra)** o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 % de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda."

La dicción legal parece clara. No estamos ante un día inicial indeterminado y por determinar, si no ante un día inicial fijado de forma precisa; el comienzo de las obras.

El Rdtº 515/1989 dictado para la protección de los consumidores en la compra de viviendas, no derogado por el texto refundido de la L.G.D.C.U. y aplicable a las viviendas de protección oficial según su D.A.1ª como supletoria de su legislación específica nos dice en su Art.5.1.1 1. "Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además:

1.- Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios",

En mismo Art. 5. apartado 1.5 ordena: "5. En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación."

Las exigencias de estos preceptos parecen claras, precisar el objeto del contrato, su inicio, y fin y, por extensión, colaborar a la fijación de la fecha a partir de la cual deban entenderse exigibles las obligaciones de aseguramiento de la Ley 57/68: con la entrega de las cantidades para la adquisición de una vivienda cuya construcción ya esta iniciada, o al menso configurada en sus aspectos esenciales aunque la obra no haya comenzado. La conclusión es que el seguro que nos ocupa, y que asegura las cantidades entregadas a cuenta es distinto del de la Ley 57/68

Por su parte el Dt°2114/68 que promulga el Reglamento de Viviendas de protección oficial dice: "Artículo 114.

Para que los promotores de «Viviendas de Protección Oficial » incluidos en los apartados a) b), i), j)), k) y l) del art. 22 de este Reglamento (en el art.22 se incluyen las cooperativas) puedan percibir de los compradores o adquirentes durante el período de la construcción y una vez otorgada la calificación provisional la parte de precio que no haya de aplazarse en la venta de viviendas subvencionadas por aplicación de lo dispuesto en el art. 129 de este Reglamento , o el precio total en las restantes «Viviendas de Protección Oficial », deberán cumplir las siguientes condiciones:

2ª) Que las cantidades anticipadas se apliquen únicamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo.

3ª) Que en los contratos que otorguen para formalizar las entregas a cuenta se haga constar de manera indubitada la cuantía de las mismas, los plazos en que han de ser satisfechas, la cuenta especial de la entidad bancaria o caja de ahorros donde ha de verificarse el ingreso y la garantía que haya sido constituida por el promotor entre las previstas en el apartado B) de la condición cuarta."

De nuevo vemos que se fija un día inicial para la obligación de asegurar las cantidades según la Ley 57/68; el periodo de construcción, entendiendo por tal desde que se otorga la calificación provisional.

Por su parte el Rdt° 2028/95 en su Art.1.D) nos dice: "Artículo 1

1. Las cooperativas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio, para obtener financiación cualificada estatal al amparo de Planes Estatales de Vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, las siguientes condiciones:

d) Cuando la cooperativa perciba de los socios, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial, durante la construcción, cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda deberá garantizar las citadas cantidades.

De nuevo vemos que la obligación de asegurar la percepción de las cantidades para responder del buen fin de las viviendas al amparo del Art.1 de la Ley 57/68, es desde la calificación provisional, y que el seguro que no ocupa no es de esa clase.

QUINTO.- Recurso de Asefa: el contrato de adhesión a la cooperativa

Hemos revisado el contrato de adhesión a la cooperativa, y no se parece en nada a los contratos de venta sobre plano.

Como es sabido, la venta sobre plano es venta de cosa futura, pero con una peculiaridad muy importante. En ella el vendedor asume la obligación de hacer, hacer bien, con la diligencia de un buen profesional del ramo, de acuerdo con las especificaciones de un plano proyecto, memoria etc., y entregar el resultado según lo pactado.

El plano tiene valor contractual en cuanto diseña la obligación de hacer de una de las partes, con la consecuencia que no hay vicios ocultos, si no incumplimiento imputable al constructor por no hacer, por hacer defectuoso, o por hacer en contra de los documentos que diseñan su obligación de hacer.

El consentimiento recae sobre el objeto diseñado en el plano y cualquier variación sobre el objeto definido en el plano, memoria etc., requiere el consentimiento del comprador; de lo contrario se dejaría el contrato al arbitrio de una sola de las partes.

En el contrato de venta sobre plano se trata de una obligación de hacer predefinida, según unos documentos plano, proyecto, memoria etc., - que tienen valor contractual, por lo que los vicios resultantes no son vicios ocultos: son supuestos de incumplimiento por no hacer, por hacer mal, o por no hacer conforme al plano, proyecto memoria etc., por desviarse de sus previsiones, o por sustituirlas arbitrariamente.

Estas notas obligarían a concertar el seguro en los términos vistos más arriba y desde la fecha de la calificación provisional de las viviendas, pero no se dan en los contratos de adhesión a la cooperativa.

En la clausula 1ª se dice que la cooperativa "está promoviendo", en la 4ª que se faculta a la cooperativa para la compra de los terrenos, solicitud de licencias administrativas oportunas. En la 5ª se regula el caso de que si en el momento de adjudicación del suelo finalista por la Junta de Compensación no hay suelo bastante podrán venderse los derechos de suelo adquiridos por el contrato de adhesión; en ese momento los cooperativistas solo adquieren unos hipotéticos derecho de suelo futuros

En la 6ª se dice que la cooperativa conocerá la situación concreta de las parcelas el momento en que la junta de compensación le adjudique las parcelas resultantes.

En la 7ª que las viviendas y el edificio en general tendrán las características constructivas consignadas en el **proyecto que redacten (negrita es nuestra)** los arquitecto que designe el consejo rector, y que en principio corresponde a la empresa Arquiub Arquitectura S.L.

En la 8ª se prevé que las obras de construcción se encargaran a la empresa que designe el consejo rector.

En la 12ª se dice que las cantidades entregadas quedan inmovilizadas, ingresadas en la cuenta especial abierta en Caja Duero, e intervenidas por una compañía de seguros hasta que se efectúe la entrega para la señalización de suelo, la escrituración ante notario de los terrenos, los gastos que conlleve la urbanización, y las que sean necesarias dentro del proceso de desarrollo y realización de la promoción.

En las demás clausulas hasta la 15ª no hay ninguna previsión sobre la fecha de iniciación de las obras, ni petición de licencias etc.; ni siquiera estaban redactados los proyectos, ni comprado aun el suelo.

La conclusión de lo expuesto es que el seguro contratado no era el de la Ley 57/68, era un seguro distinto, tan distinto como que la clausula 12ª dice cual era el destino de las cantidades aseguradas; suelo, gastos notariales, proyecto, etc., pero no dice que sean las entregadas para la construcción, que son a las que se refiere la Ley57/68.

En este sentido no nos convence la cita del Auto de la Sección 13 de esta audiencia de fecha 17-5-11. Es cierto que en dicho auto no se hace distinción entre Póliza de Tramo I y de Tramo II, pero no deja de ser cierto que el supuesto de hecho es esencialmente distinto.

En aquella ocasión la construcción estaba realizada en un 87,53% sobre el precio de ejecución y la compañía de seguros se comprometía:

"HOUSTON CASULATY COMPANY EUROPE, Seguros y Reaseguros S.A., en base a las condiciones generales y particulares de esta póliza y en armonía con la ley 57/68 de 27 de julio, Ley de Ordenación de la Edificación (LOE de 5 de noviembre de 1999) y demás disposiciones concordantes y los arts. 114 y 116 del Reglamento del Texto Refundido de fecha 24 de julio de 1968 (Decreto 2114/68), garantiza a los asegurados que figuren en los certificados individuales, que formando parte integrante de este contrato de seguros serán emitidos, la devolución de las cantidades anticipadas para la compra de inmuebles que hayan pagado al tomador incrementadas en el interés legal anual correspondiente y con el límite máximo de capital asegurado establecido en cada certificado individual, siempre que dichos asegurados puedan exigir al tomador tales cantidades por incumplimiento de este último de lo dispuesto en los preceptos legales indicados en cuanto se refiere a la falta de: iniciación de la construcción del inmueble, buen fin de la misma, entrega del inmueble en plazos convenidos en los

contratos correspondientes y no les fueran devueltas por dicho tomador las cantidades percibidas a cuenta más su interés legal anual correspondiente".

En este caso el certificado individual de seguro no garantiza el buen fin de las viviendas

SEXTO.- Recurso de Asefa: el seguro de tramo I

Con arreglo a lo expuesto podemos decir que el seguro concertado es el Tramo I, cuya finalidad es de controlar que las cantidades ingresadas se destinen al fin de la promoción; a la compra de los terrenos, su titulación, la redacción del proyecto, y cuyo riesgo no es la insatisfacción del adquirente de la vivienda por falta de iniciación de las obras o no terminarlas a tiempo: se asegura el buen fin del gasto necesario para las fases preparatorias

El seguro de la Ley 57/68 cubre el riesgo de que la obra no se empiece o no se termine por causa imputable al promotor o al constructor, cubre un caso de incumplimiento asegurando la restitución de las prestaciones.

El seguro que nos ocupa no cubre esas contingencias; aun no se sabe cuál es el suelo, ni se tiene el proyecto de obra que defina las viviendas, ni se conoce, ni aun por aproximación, cuando podrá comenzar la obra, ni se tienen licencias administrativas, ni calificación de la promoción, ni nada de nada. Solo hay una idea con un desarrollo muy embrionario.

La finalidad de ese seguro no puede ser la de garantizar la construcción de las viviendas, en esos momentos es imposible. Es garantizar que las cantidades entregadas a cuenta se ingresaran en una cuenta especial, y se emplearan en la compra de los terrenos, y en la confección del proyecto. Desde esa finalidad cobra sentido la intervención de la cuenta, gestionada por la aseguradora, para que no haya gastos que no respondan a la finalidad que preside la entrega de las cantidades.

En ese caso el siniestro es la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza.

Parece que la desastrosa política de compra de suelo que denuncia la demanda es la causa de todos los males, hasta el punto de que la Cooperativa solicito el concurso voluntario.

Dicho de otro modo, no hay desviación de fondos que pudieran justificar el siniestro, aunque la gestión de compra de suelo sea discutida y discutible.

En este sentido el informe de la administración concursal es demoledor. Nos dice: "La Administración Concursal considera que, en efecto, la inadecuada gestión de la Cooperativa es la principal causa motivadora de su estado actual de insolvencia. La política de adquisición de suelo bruto a un alto precio (por encima del de mercado) llevada a cabo por la Cooperativa, además de constituir una práctica inusual en el sector de las

cooperativas de viviendas -que suelen adquirir sólo "uas" o metros cuadrados del uso residencial que constituye su objeto, para evitar la adjudicación de otros usos que son ajenos a dicho objeto social- supuso la asunción de cuantiosos pasivos que, además, se incrementaban como consecuencia de los costes de urbanización y honorarios de intermediarios -los cuales se abonaban, en algunos casos, a más de un intermediario por la misma operación, lo que también resulta inusual-, así como los propios y millonarios honorarios facturados por la gestora de la Cooperativa o por sociedades vinculadas a la misma o a sus socios y administradores."

Es obvio que en esa situación las viviendas no podrán construirse pero es igualmente obvio que el seguro concertado no era el del Art. 1 de la Ley 57/68; las pólizas individuales de cada cooperativista no dicen eso, y en el ámbito de la causalidad eficiente el fracaso de la promoción no se debe a incumplimiento del promotor o constructor, causa próxima prevista por la Ley 57/68, si no a la propia cooperativa; causa remota no contemplada.

SEPTIMO.- La estimación del recurso de Asefa hace inútil entrar en el recurso del actor,

Donde sí haremos una última precisión será en materia de costas. El tema debatido es muy complejo jurídicamente y con dudas de derecho bastantes como para no imponer costas en ninguna de las instancias.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso de apelación, articulado por la representación procesal de ASEFA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 96 de los de esta Villa, en sus autos Nº 1431/10, de fecha treinta y uno de octubre de dos mil once, aclarada por auto de veintiocho de noviembre de dos mil once.

REVOCAMOS dicha resolución y **DESESTIMAMOS** íntegramente la demanda origen del procedimiento.

NO HACEMOS expresa condena en costas, ni de primera instancia ni de esta alzada

Procédase por quien corresponda a la devolución al apelante del depósito constituido para recurrir.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del art. 248.4 de la LOPJ.