



Procurador/a: D^a Elvira Encinas Lorente
Letrado/a: D. Jaime Suárez Gargallo

Demandados:

1) HOUSTON CASUALITY COMPANY EUROPE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (en adelante HCC Europe)

Procurador/a: D^a M^a del Pilar Pérez Calero
Letrado/a: D^a Carolina Revenga Varela y D. Luis Alfonso Fernández Manzano

2) CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (sustituida por BANKIA)

Procurador/a: D^a Lucila Torres Rius
Letrado/a: D^a Laura Fernández Prieto

3) BANCO CAM (ANTIGUA CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO)

Procurador/a: D. Ramón Rodríguez Nogueira
Letrado/a: D. Jorge Francisco Ruiz Jiménez

RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
31 OCT 2012	- 2 NOV 2012
Artículo 171.2	LEJ. 1/2009

SENTENCIA NÚMERO 253 /2012

En Madrid, a veintiséis de octubre de dos mil doce.

Vistos por Doña Raquel Blázquez Martín, Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 84 de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Ordinario registrados con el número 870/2011, seguidos a instancia de los demandantes identificados más arriba, contra HCC Europe, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, sustituida por BANKIA S.A. y Caja de Ahorros del Mediterráneo, en su denominación actual de BANCO CAM, quienes han actuado con la representación y asistencia letrada que consta en el encabezamiento





de esta sentencia, sobre reclamación de cantidad, se procede a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó en fecha 5 de mayo de 2011 demanda de juicio ordinario contra las entidades demandadas con fundamento en los siguientes y resumidos hechos:

1.- Los demandantes formaron parte de la sociedad cooperativa El Balcón de O'Donnell con la intención de adquirir una vivienda de protección oficial en el sector conocido como Los Berrocales, en el distrito de Vicálvaro. En tal condición, aportaron a la cooperativa distintas cantidades que constan detalladas en el Anexo I de la demanda, con la previsión de recibir sus viviendas en el año 2009.

2.- Para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, la cooperativa contrató con la aseguradora HCC Europe una póliza denominada "Seguro de Garantía de Cumplimiento de Obligaciones Legales y Contractuales". Las entidades bancarias demandadas, por su parte, autorizaron bajo su responsabilidad la apertura de cuentas especiales, al amparo de la citada Ley, en las que se ingresaron todas las aportaciones de los demandantes.

3.- Cuando llegó el plazo pactado para la entrega de las viviendas, el proceso de construcción ni siquiera se había iniciado, por lo que en junio de 2009 la cooperativa se vio obligada a acordar su disolución y a promover la declaración de concurso de acreedores.

4.- Iniciado el proceso de reclamación contra la aseguradora HCC Europe, ésta resolvió unilateralmente la póliza alegando que el seguro contratado no era el previsto en la Ley 57/1968.

Tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que los demandantes consideraron de aplicación al caso, terminaron solicitando al Juzgado que se dictara sentencia por la que:

1.- Se declare que la "Póliza de Seguro de Garantía de Cumplimiento de Obligaciones Legales y Contractuales" nº 280-29900935 otorgada por HCC Europe a El Balcón de O'Donnell, SCMV daba la cobertura prevista en la Ley 57/1968 y, en consecuencia, se condene a HCC Europe a pagar a cada uno de los demandantes las cantidades que entregaron a El Balcón de O'Donnell, SCMV como anticipo para





sus viviendas, según el desglose del Anexo 1 de la demanda, más los intereses en los términos expuestos en el fundamento de derecho IV y con expresa imposición de las costas procesales.

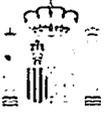
2.- Con carácter subsidiario a la anterior pretensión y para el supuesto de que la misma sea desestimada, que se condene solidariamente a HCC Europe, Caja Madrid y Caja de Ahorros del Mediterráneo a pagar a cada uno de los demandantes las cantidades que entregaron a El Balcón de O'Donnell, SCMV como anticipo para sus viviendas, más los intereses en los términos expuestos en el fundamento de derecho IV, igualmente con imposición de las costas procesales.

La demanda fue ampliada el 22 de junio de 2011, en el sentido de incorporarse a ella en calidad de demandante por los mismos hechos y fundamentos de derecho que el resto de los actores, reclamando la suma de 53.653,31.-euros más intereses y costas.

SEGUNDO.- La demanda se admitió a trámite por decreto de 4 de julio de 2011, previa subsanación de los defectos formales apreciados en la misma. Por escrito de 13 de septiembre de 2011, la demandada BANKIA S.A., antes Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, contestó a la demanda en el sentido de oponerse a su contenido, alegando como excepción procesal prejudicialidad penal y, en cuanto al fondo del asunto, falta de legitimación activa (por considerar que la titular de la cuenta bancaria abierta en Caja Madrid era la cooperativa y no los cooperativistas), falta de legitimación pasiva (por no ser la entidad bancaria titular de relación jurídica alguna con los demandantes), prescripción de la acción ejercitada (por entender aplicable el plazo anual previsto para la responsabilidad extracontractual) y pluspetición (en cuanto a la petición de condena solidaria de la demanda). Por lo demás, basó su oposición a la demanda en el hecho de que la cuenta abierta en Caja Madrid no se convirtió en una cuenta especial hasta el 8 de febrero de 2005, en el cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por la entidad y en la consideración de la póliza de seguros como incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 57/1968.

TERCERO.- El 16 de septiembre de 2011 contestó a la demanda BANCO CAM, también en el sentido de oponerse a su contenido, argumentando, en primer lugar, su falta de legitimación pasiva, por no existir relación contractual con los demandantes ni posición de garante respecto de la actuación de la aseguradora HCC. En cuanto al fondo del asunto, alegó que la CAM no tenía la obligación de garantizar las aportaciones de los cooperativistas ni de asegurar la entrega de sus viviendas y que cumplió con diligencia las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968, ley que resulta igualmente aplicable, desde su punto de vista, a la póliza contratada con HCC, por lo que debe ser la aseguradora codemandada la





responsable de abonar a los demandantes las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas.

CUARTO.- El 23 de septiembre de 2011 se presentó la contestación a la demanda de HCC Europe, que se opuso igualmente a las pretensiones de los actores alegando, en síntesis, que la póliza suscrita por la cooperativa El Balcón de O'Donnell no es una póliza de afianzamiento de las previstas en la Ley 57/1968, sino un seguro voluntario y global de caución que se contrata en las fases iniciales del proceso constructivo y que garantiza únicamente que las cantidades anticipadas por los cooperativistas se destinan en exclusiva a sufragar los gastos del proyecto promotor, tal y como les constaba tanto a la cooperativa como a los cooperativistas, que contaron con el asesoramiento de un corredor de seguros independiente en el proceso de contratación de la póliza.

A su juicio, resultaba imposible la contratación de una póliza de seguro de las previstas en la Ley 57/1968 porque en todos los contratos de inscripción en la cooperativa, incluso en los últimos firmados, que datan de mayo de 2008, constaba que antes de comenzar las obras de construcción debía realizarse un desarrollo urbanístico de tal envergadura que era imposible fijar la fecha de finalización y entrega de las viviendas. Por otro lado, de la normativa aplicable se desprende que no era obligatoria para la cooperativa la suscripción de las garantías previstas en la Ley 57/1968, al menos hasta la calificación provisional de las viviendas como de protección oficial. Se alegó también, en esta contestación, que el contrato de inscripción en una cooperativa no equivale, a los efectos que interesan, a un contrato de compraventa y que en los certificados de intervención de las cuentas abiertas en las entidades codemandadas, en cuya redacción la aseguradora no tiene ninguna intervención y que fueron emitidos por dichas entidades sin analizar la póliza de seguro realmente contratada, no consta ninguna referencia al seguro de la Ley 57/1968. Por último, defendió la imposibilidad de aplicar en este caso la normativa sobre defensa de los consumidores y usuarios.

QUINTO.- El 21 de marzo de 2012 se celebró la audiencia previa al juicio, en la que no fue posible llegar a un acuerdo entre las partes. Tras oír a las partes, se desestimó la cuestión de prejudicialidad penal planteada por la defensa de BANKIA S.A. Se concedió, a continuación, un turno de intervención a las partes sobre las cuestiones de legitimación activa y pasiva suscitadas por BANKIA y CAM y sobre los documentos aportados por los demandantes y por la demandada HCC Europe al amparo del artículo 270 de la LEC.

A continuación, se fijaron los hechos controvertidos y se recibió el pleito a prueba, con el resultado que quedó grabado en soporte de imagen y sonido, admitiéndose las pruebas propuestas por las partes, excepto la pericial y parte de la





documental y de la testifical propuesta por HCC Europe, así como uno de los testigos propuestos por la codemandada CAM.

SEXTO.- Por escrito de 4 de septiembre de 2012 la representación de HCC Europe solicitó la aportación de dos resoluciones judiciales de fecha posterior a la audiencia previa.

SÉPTIMO.- El juicio tuvo lugar los días 13 y 14 de septiembre de 2012 y en él se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que es de ver en las actuaciones por lo que hace a la prueba documental y que quedó grabado en soporte de imagen y sonido en lo que se refiere a las pruebas personales. A continuación, los Letrados de las partes expusieron sus conclusiones al tribunal, quedando los autos inmediatamente vistos para sentencia.

OCTAVO.- En la tramitación de estas actuaciones se han observado todas las prescripciones legales en vigor, excepto en los plazos establecidos para los señalamientos de vistas en Sala, de imposible cumplimiento con la carga de trabajo que pesa sobre el tribunal y el necesario orden que ha de seguirse en el despacho de los asuntos, retraso por el que el tribunal presenta sus disculpas a las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las acciones ejercitadas en la demanda y las causas de oposición.

La demanda que ha dado lugar a este procedimiento se articula sobre el ejercicio de una acción principal, dirigida contra la aseguradora HCC Europe, y una acción subsidiaria, que afecta a las tres entidades demandadas. La acción principal se basa en la consideración de que la póliza de seguro suscrita entre HCC Europe y El Balcón de O'Donnell, SCMV en el mes de diciembre de 2004 tenía la cobertura prevista en la Ley 57/1968 y debe dar lugar, por ello, a la devolución a los cooperativistas demandantes de las cantidades entregadas para la compra de sus viviendas más los intereses correspondientes.

La acción subsidiaria se dirige contra las tres demandadas; en el caso de BANCO CAM y BANKIA porque se alega que si la póliza contratada no tenía la cobertura prevista en la Ley 57/1968, ambas entidades bancarias habrían incurrido en responsabilidad por permitir la apertura de cuentas especiales sin exigir la garantía prevista en dicha ley. Y en el caso de HCC Europe porque, de no considerarse la póliza con esa concreta cobertura, concurriría una especie de dolo en la contratación que la haría responsable frente a los demandantes, asegurados en





dicha póliza, de las cantidades que aportaron a la cooperativa, tomadora de la misma.

En los antecedentes de hecho se han resumido las causas de oposición esgrimidas por los demandados. Comenzando por la acción principal, sólo HCC Europe se opone a la consideración de la póliza como incluida en el ámbito de la Ley 57/1968. Tanto la demanda como las contestaciones son muy extensas, pero en un esfuerzo de síntesis, pueden sistematizarse los argumentos de oposición de la aseguradora demandada en los siguientes:

1. La póliza discutida no es un seguro de los previstos en la Ley 57/1968, porque el seguro contratado es un seguro voluntario y global de caución de los denominados en la práctica aseguradora como seguros de tramo I, que se contrata en las fases iniciales del proceso constructivo y que garantiza únicamente que las cantidades anticipadas por los cooperativistas se destinan en exclusiva a sufragar los gastos del proyecto promotor. Estos contratos de seguro se suscriben de forma voluntaria por las cooperativas cuando el proyecto cooperativista para la construcción de viviendas se encuentra en sus fases iniciales y no son en ningún caso el seguro obligatorio previsto en la Ley 57/1968, conocido también en la práctica aseguradora como seguro de tramo II o de afianzamiento. La condición especial XI de la póliza establece con claridad la diferencia entre ambos tipos de seguros.
2. En los contratos de inscripción en la cooperativa no se fijó ni la fecha de inicio de las obras ni la de finalización de las mismas, omisiones ambas que imposibilitan la contratación de un seguro de los previstos en la Ley 57/1968.
3. La normativa aplicable a las viviendas de protección oficial, que era la calificación pretendida por la cooperativa, implica que el seguro de la Ley 57/1968 no es obligatorio hasta la calificación provisional de las viviendas como de protección oficial, tal y como establece el artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de Julio, que aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial y el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, regulador del acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas. En el mismo sentido, se citan los artículos 19.2 y 20 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, porque no exigen, entre la documentación a aportar para solicitar la calificación provisional de las viviendas como VPO, el aval o seguro de la Ley 57/1968.
4. Tanto la cooperativa El Balcón de O'Donnell como los cooperativistas ahora demandantes tenían pleno conocimiento de que el seguro contratado no era





de los previstos en la Ley 57/1968, ya que la póliza fue contratada a través de un corredor de seguros independiente, ajeno a la aseguradora, que debió ejercer su función de asesoramiento sobre las condiciones del seguro concertado.

5. El contenido de los certificados individuales de seguro evidencia que la póliza contratada no era el seguro previsto en la Ley 57/1968
6. En el mismo sentido, en los certificados de intervención de cuentas redactados las entidades financieras demandadas y entregados a HCCE, no se contiene referencia alguna a que la póliza suscrita sea una póliza de la Ley 57/1968.
7. La relación que existió entre los demandantes y la cooperativa tomadora de la póliza se configura como un contrato de inscripción o adhesión, que no puede confundirse con un contrato de compraventa o adjudicación.
8. La cancelación de la póliza fue una consecuencia de la frustración del proyecto constructivo, que se saldó con la disolución de la cooperativa, de conformidad con lo previsto en la Condición Especial V.
9. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en informe de 7 de enero de 2009, ha reconocido la nítida diferenciación entre los seguros de tramo I y de tramo II. La Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Mujer e Inmigración de la Comunidad de Madrid también ha asumido esta diferenciación en los modelos de estatutos de cooperativas que facilita en su página web.
10. El seguro contratado es un seguro colectivo y de grandes riesgos, de modo que los términos generales del contrato, las condiciones particulares, las especiales e incluso las cláusulas limitativas, aceptadas por el tomador y no individualmente por los asegurados, implica que éstos quedan vinculados en los términos aceptados por el tomador. Al ser un seguro de grandes riesgos, el margen de la autonomía de la voluntad de las partes es mayor y ello supone la no aplicación imperativa de la Ley de Contrato de Seguro.
11. No resulta de aplicación la normativa protectora de los consumidores y usuarios porque los cooperativistas son autopromotores de una vivienda futura.

La codemandada BANKIA S.A., fundó su oposición, en primer término, en una cuestión procesal, la prejudicialidad penal que a su entender supone la tramitación de las Diligencias Previas 6752/2009 del Juzgado de Instrucción número 43 de





Madrid. En segundo lugar, alegó la falta de legitimación activa que concurre en los demandantes porque la titular de la cuenta bancaria abierta en Caja Madrid era la cooperativa y no los cooperativistas y, básicamente por los mismoS argumentos, falta de legitimación pasiva, al no existir entre la entidad financiera y los demandantes relación jurídica alguna. Consideró, además, que a la acción ejercitada contra Bankia, al no tener encaje en la responsabilidad contractual, le sería de aplicación el plazo de prescripción anual del artículo 1968 del Código Civil, por lo que dicha acción estaría prescrita. Su desacuerdo con la petición de condena solidaria de las tres demandadas motiva una genérica alegación de pluspetición. Como argumentos nucleares de la oposición, argumentó que la cuenta que la cooperativa tenía en Caja Madrid no se abrió como una cuenta especial, sino que se convirtió a esta modalidad a partir del 8 de febrero de 2005 y que la entidad bancaria había dado cumplimiento de todas las obligaciones asumidas por la apertura y calificación de dicha cuenta. Respecto de la acción principal ejercitada en la demanda, BANKIA S.A. ha considerado que la póliza discutida debe considerarse como una póliza de la Ley 57/1968.

Por último, BANCO CAM ha negado, en términos similares a los de la contestación de BANKIA, su legitimación pasiva para soportar la acción subsidiaria que se dirige contra él, por no existir relación contractual con los demandantes ni posición de garante respecto de la actuación de la aseguradora HCC. En cuanto al fondo del asunto, alegó que no tenía la obligación de garantizar las aportaciones de los cooperativistas ni de asegurar la entrega de sus viviendas y que cumplió con diligencia las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968, ley que resulta igualmente aplicable, desde su punto de vista, a la póliza contratada con HCC, por lo que considera que debe ser la aseguradora codemandada la responsable de abonar a los demandantes las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas.

Una vez enunciados los términos del debate, se expondrán en primer lugar, para mayor claridad, los hechos que han quedado probados, bien por el reconocimiento expreso de las partes, bien por la valoración de las pruebas practicadas. A continuación se analizará la cuestión procesal planteada por Bankia, aunque ya fue resuelta en la audiencia previa y no se ha reproducido en el turno de conclusiones. El siguiente paso será el análisis de las consecuencias jurídicas aplicables a los hechos probados.

SEGUNDO.- Los hechos probados sobre la constitución de la cooperativa y las aportaciones de los demandantes.

En la audiencia previa se establecieron como hechos no controvertidos, reconocidos por todas las partes y, como tales, exentos de prueba (artículo 281.2 de la LEC) gran parte de los hechos expuestos en la demanda. Se trata de hechos que, en todo caso, están documentalmente acreditados. Teniendo en cuenta el resultado





de la audiencia previa y la valoración de las pruebas practicadas, se considera probado que todos los demandados fueron socios cooperativistas de El Balcón de O'Donnell, SCMV, cooperativa que tenía por objeto la construcción de viviendas de protección oficial en el sector UZP. 2.04, denominado Los Berrocales, en el distrito de Vicálvaro. Esta sociedad cooperativa estaba gestionada por la mercantil Gespozuelo, S.L., de la que eran administradores D. Rafael y D.^a Amanda Torralbo Pozuelo. Estos dos administradores, hermanos e hijos de D. Miguel Torralbo, formaban parte de una familia que a su vez era propietaria de otra empresa, OFIGEVI, que actuaba como gestora en otras muchas cooperativas de viviendas de la Comunidad de Madrid.

La cooperativa se había constituido el 18 de noviembre de 2002 y estuvo regida por los Estatutos que han sido aportados por la demandada HCC Europe como documento 7. Su objeto, definido en el artículo 2 de estos Estatutos, era básicamente procurar a sus socios viviendas de protección oficial.

La incorporación de los demandantes a la cooperativa se instrumentó a través de contratos de inscripción aportados con la demanda como documento 4 y con la contestación de HCC Europe como documento agrupado 2. En lo que ahora interesa, esos contratos de inscripción, suscritos entre los años 2003 y 2008, tienen un contenido idéntico y en ellos la cooperativa se obligaba, entre otras prestaciones, a otorgar la escritura pública de adjudicación de vivienda en el plazo de tres meses desde la calificación definitiva como VPO. Por su parte, cada cooperativista declaraba aceptar las características, precio y condiciones de pago de la vivienda que sería objeto de adjudicación. La vivienda se describía por referencia a los metros cuadrados, número de dormitorios y superficie del trastero anejo. El precio, especificado en el anexo del contrato, se consignaba en global (sin IVA) y se detallaba la cantidad a entregar hasta la entrega de llaves y la suma restante, que se abonaría con cargo a un crédito hipotecario que gestionaría la cooperativa. En todos los contratos firmados se incluyó una cláusula quinta con el siguiente tenor:

Quinta.- El socio por su parte conoce y acepta:

1. Que la vivienda por él solicitada y que podrá elegir siguiendo el número de orden que figura en este Contrato, será edificada en los Terrenos Ubicados en la Estrategia del Sureste de Vicálvaro-Madrid (UZP 2.01, UZP 2.02, UZP 2.03 y UZP 2.04), tipificado en el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (...), como SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO, y que antes de comenzar las Obras de Construcción, deberá realizarse el siguiente desarrollo urbanístico:

- a) Aprobación de la Junta de Compensación.*
- b) Aprobación Definitiva del Plan Parcial.*
- c) Aprobación y Ejecución del Plan de Urbanización.*





d) Proyecto de Ejecución de Obras.

En los contratos de inscripción no se hizo constar la fecha de inicio y/o finalización de las viviendas. Es cierto que el calendario de pagos estaba organizado en función de la fecha de entrega y que ese calendario finalizaba en distintos meses, dependiendo de los contratos, del año 2008, pero esa fecha no quedaba detallada en los contratos.

Ahora bien, es irreal plantear que los demandantes firmaron los contratos de inscripción sin tener ninguna referencia de la fecha en que se les entregarían las viviendas, ya que es un hecho notorio que cuando se adquiere una vivienda de protección oficial que tiene que ser utilizada como vivienda habitual concurre un elemento de necesidad que implica, como dato esencial, establecer una previsión, aunque sea más o menos aproximada, de cuándo deben hacerse los pagos y de cuándo se dispondrá del inmueble. La publicidad difundida por la cooperativa, que ha sido aportada con la demanda como documento 5, decía literalmente sobre la fecha de entrega: *está previsto (sic) en el año 2009, no obstante esta fecha es estimativa ya que todavía no se ha presentado el Plan Parcial de este Sector para su aprobación en el Ayuntamiento de Madrid.* En esa publicidad ya se indicaba de forma expresa que todas las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de las viviendas estarían garantizadas por la entidad de crédito donde se efectuaran los ingresos, dando así cumplimiento al artículo 5 de la Ley 57/1968 (*“será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice”*).

La entrega de las viviendas en el año 2009 era también la previsión que mantuvo la gestora de la cooperativa en la Asamblea de 19 de junio de 2006 (documento 10 de la demanda), en la que, a la pregunta de si las viviendas estarían entregadas en 2009, se ofrece como plazo razonable, teniendo en cuenta la referencia de otros sectores (Cañaveral y Ahijones), que en el plazo de un año y medio la obra de urbanización ejecutada sería suficiente para solicitar la licencia de edificación simultánea con la obra de edificación, si bien la concesión de la licencia dependía de la aprobación por la Gerencia Municipal de Urbanismo. A partir de ahí, se iniciaría otro plazo, el de ejecución material de las viviendas, que se estimaba en otros dieciocho meses. Ello implicaba un plazo de tres años que finalizaría a mediados de 2009. También está probado que en la declaración prestada por D. Rafael Torralbo, administrador de la gestora de la cooperativa, el 25 de mayo de



2010 en el Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid, en el marco de las Diligencias Previas 6752/2009, manifestó que la fecha de entrega de la que se informaba a los cooperativistas era el año 2009, porque era la fecha que le habían facilitado las autoridades urbanísticas competentes.

Se considera también un hecho acreditado que HCC Europe, antes de emitir la póliza discutida, tuvo información sobre el plazo previsto para la entrega de las viviendas. El documento 9 de los aportados con el escrito de la parte demandante el 16 de marzo de 2012 es el plan financiero que fue presentado a HCC Europe en los estudios previos a la firma de la póliza. La declaración testifical de D. Manuel Fernández González, subdirector general y responsable del Departamento de Caución de HCC, acredita que los flujos de caja expuestos en ese documento fueron aportados por la cooperativa en los trabajos previos a la redacción de la póliza. El plan financiero contemplaba un plazo de cincuenta y ocho meses, que finalizaba en el mes de junio de 2009. En esa programación, los costes de edificación cesaban en el mes de febrero de 2009, con un desembolso de 241.589 euros. Tres meses más tarde, junio de 2009, se devolverían a la constructora las retenciones de garantía practicadas durante el proceso de edificación, por importe de 321.840.- euros. El escenario sobre el que trabajó HCC Europe antes de emitir la póliza significaba, pues, que la previsión de finalización de la obra estaba fijada en febrero de 2009.

Por otra parte, es un hecho no controvertido que las aportaciones realizadas por los demandantes a la cooperativa son las que se detallan en el Anexo I de la demanda. El importe total de estas aportaciones es de 6.250.194,61.- euros.

TERCERO.- Los hechos probados sobre la contratación de la póliza discutida

Las pruebas practicadas sobre este extremo deben analizarse siguiendo el hilo cronológico habitual en la formación de la voluntad contractual. Sobre la fase precontractual, es un hecho reconocido por todas las partes que la póliza de seguro contratada por la cooperativa El Balcón de O'Donnell fue intermediada por la correduría de seguros Ferreres y Solé, con la intervención personal de D. Francisco José Ferreres Fernández. Fue la gestora de la cooperativa, Gespozuelo, la que realizó todas las gestiones necesarias para la contratación de la póliza, sin intervención de los órganos de la cooperativa ni de los cooperativistas, tal y como ha reconocido el Sr. Ferreres en su declaración como testigo, pese a que la cooperativa tenía que ser tomadora de la póliza y los cooperativistas asegurados. El interés de la gestora de la cooperativa era, como resulta de la misma declaración testifical, asegurar el máximo de contingencias posibles, y de hecho solicitó el mejor seguro que hubiera en el mercado porque pretendía asegurar todas sus obligaciones. Ya se ha indicado que la cooperativa había hecho constar de forma expresa en la publicidad entregada a los cooperativistas (documento 5 de la demanda) que todas las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de las



viviendas estarían garantizadas por la entidad de crédito donde se efectuaran los ingresos, dando así cumplimiento al artículo 5 de la Ley 57/1968.

Desde el punto de vista del corredor de seguros, la única póliza posible era de las conocidas como de tramo I, que, a su juicio, son distintas del seguro previsto en la Ley 57/1968. Debe destacarse que el testigo ha declarado que esta denominación de pólizas de tramo I y de tramo II responden a seguros muy específicos que sólo comercializaban tres aseguradoras: HCC Europe, ASEFA y una tercera compañía ya desaparecida (ACC).

Un hecho probado relacionado con el anterior es la contratación por la aseguradora demandada, a través del mismo corredor de seguros, de pólizas similares a la que ahora se analiza con varias cooperativas. D. Manuel Fernández ha reconocido este hecho y la vinculación de todas ellas con las gestoras Gespozuelo y Ofigevi. No se ha negado de contrario que esas otras cooperativas son diez: El Balcón de la Sierra, Puerta de la Jara, Puerta de los Pedroches, Puerta de Vicálvaro, Puerta de las Rosas, El Balcón del Sureste, Puerta de San Miguel, Puerta de O'Donnell, Puerta del Sureste y Puerta de San Fernando. Las pólizas contratadas son prácticamente idénticas a la que ha dado lugar a este procedimiento (documento 16 de la demanda, que contiene las pólizas de las cooperativas Puerta de la Jara y Balcón de la Sierra). D. Francisco José Ferreres ha reconocido que esta fue la primera póliza contratada con HCC, a petición de Gespozuelo, ya que aunque antes había mediado en la contratación de otra póliza, la aseguradora elegida en ese caso fue ASEFA.

Pese a que D. Francisco José Ferreres ha declarado que explicó (se entiende que a la gestora, porque ha reconocido que no tuvo relación alguna con la cooperativa) que la póliza que le podía ofrecer no era de las previstas en la Ley 57/1968, lo cierto es que el administrador de Gespozuelo declaró justamente lo contrario en el procedimiento penal a que se ha hecho referencia. En la declaración prestada el 25 de mayo de 2010 en el Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid, el Sr. Torralbo manifestó que puso en manos del corredor de seguros la contratación de la póliza *con las condiciones que la ley obliga* (hasta aquí, en declaración coincidente con la del Sr. Ferreres, que reconoce esa petición del “mejor seguro posible”) y que fue el corredor el que contrató con HCC. Desde su punto de vista, la póliza era la adecuada y desconocía que pudiera incumplir la Ley 57/1968, ya que ni el corredor ni la aseguradora le advirtieron nada al respecto.

Existe otra prueba sobre la fase precontractual que se analiza. Se trata del documento aportado por HCC Europe como documento 4 de la demanda y consiste en un mensaje de correo electrónico remitido por D. Ángel Lara, empleado de la aseguradora, al corredor de seguros el 28 de diciembre de 2004, en el que le informaba de que *la operación recibida de la S.Coop. El Balcón de O'Donnell y*



gestionada por GESPOZUELO correspondiente a la promoción de 180 VPT y situada en UZP.2.04 LOS BERROCALES ha sido aprobada por el comité de afianzamiento celebrado en el día de hoy. A continuación, detallaba las condiciones aprobadas por dicho comité, expuestas en forma ciertamente parca y sintética: el importe global de la póliza, la fecha de efecto (3 de febrero de 2003, es decir, con evidente carácter retroactivo) y la duración anual prorrogable. La emisión de los certificados de garantía individual quedaba condicionada a la aportación y verificación de determinada documentación: certificado de intervención de la cuenta especial 2038 1728 51 6000700135 a favor de HCC Europe, extracto con los movimientos realizados desde el 2 de noviembre de 2004 hasta la fecha de la intervención y actas de las asambleas de cooperativistas celebradas hasta entonces. Se pedía, además, una aclaración sobre algunos cargos de la cuenta bancaria indicada. A continuación, se añadió "la posterior emisión de la póliza de Afianzamiento de Cantidades Anticipadas quedará condicionada a la aportación y verificación positiva de la documentación que a continuación detallamos:

- 1. Listado de cooperativistas actualizado donde el número de cooperativistas sea de al menos un 95%.*
- 2. Copia de la Concesión de la Calificación Provisional para viviendas de VPT.*
- 3. Copia de la Licencia de Obras y los justificantes de pago de las tasas e impuestos que se derivan de ella.*
- 4. Préstamo hipotecario en cuantía suficiente para la financiación del proyecto promotor y en línea con las previsiones del Plan Financiero.*
- 5. Contrato de edificación firmado entre la cooperativa y la constructora (...).*
- 6. Presupuesto de Ejecución Material desglosado por partidas y en línea con las previsiones realizadas en el Plan Financiero.*
- 7. Planning de ejecución de la obra desglosado por partidas y periodificado mensualmente.*
- 8. Actualización del Plan Financiero de Viabilidad (...).*
- 9. Copia de la Póliza Decenal de Daños a la Edificación.*
- 10. Contratos definitivos si se ha producido alguna modificación sobre los iniciales".*

El corredor de seguros Sr. Ferreres remitió al día siguiente por fax una impresión de este correo en la que hizo constar la mención "aceptamos la emisión de la póliza", firmado por él. No aparece en la aceptación ninguna otra firma ni consta que antes de la remisión por fax se reenviara este correo a los órganos rectores de la cooperativa ni a la gestora de la misma. El contenido de esta concreta oferta no fue explicado ni a la cooperativa ni a los cooperativistas (así lo reconoce el Sr. Ferreres) ni existe prueba alguna de que fuera remitido a la gestora para su análisis y estudio, ni para detallar las condiciones, ni para recabar su conformidad.



El documento que se analiza acredita, por lo demás, que la aseguradora, como antes se ha mencionado, examinó antes de aprobar la emisión de la póliza la documentación financiera y contable de la cooperativa y, en particular, el plan financiero al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior. Sólo así se explica que pidiera aclaración expresa sobre cinco cargos concretos, con indicación de su importe exacto y de la fecha de cada apunte. Se facilitó, pues, a la aseguradora, todos los datos que ésta consideró necesarios para la valoración del riesgo asegurado, incluyendo, como ya se ha señalado, las previsiones del plan financiero para la finalización de las viviendas.

Sobre la fase contractual, es un hecho no controvertido que la cooperativa y la aseguradora HCC firmaron la "Póliza de Seguro de Garantía de Cumplimiento de Obligaciones Legales y Contractuales" nº 280-29900935. Según la demanda, fue suscrita el 24 de diciembre de 2004. Este extremo no está acreditado y no parece posible que así fuera, teniendo en cuenta que el mensaje de correo electrónico que se trata de analizar es de 28 de diciembre y que la fecha que aparece al pie de las condiciones especiales es el 30 de diciembre de 2004. En cualquier caso, no se trata de un hecho relevante, ya que lo importante es que está probado que la póliza tendría efectos retroactivos desde el 3 de febrero de 2003.

Las condiciones generales, particulares y especiales de la póliza han sido aportadas por HCC Europe como documento 1, si bien los demandantes niegan haber tenido acceso al contenido de las condiciones especiales. Del contenido de estos documentos es importante destacar los siguientes extremos:

1.- Como ya se ha indicado, el contrato se encabeza con el título *Póliza de Seguro de Garantía de Cumplimiento de Obligaciones Legales y Contractuales*.

2.- En las **condiciones particulares** se describe la operación garantizada como el buen fin de las cantidades entregadas por los socios cooperativistas para el desarrollo del proyecto promotor.

3.- En las **condiciones generales** (apartado 1) se describe el concepto y la naturaleza del riesgo cubierto como la garantía de la aseguradora sobre *el pago en efectivo que se debe recibir del tomador en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas ante el asegurado en las condiciones particulares de la póliza. En caso de emisión de documento de garantía separado, por exigencias legales o del asegurado, tendrá la consideración de certificado anexo a la póliza.*

4.- Los riesgos excluidos (apartado 2 de las condiciones generales) se refieren a los derivados de fuerza mayor (catástrofes, guerra, actos de terrorismo y similares).



5.- Se entendería producido el siniestro (apartado 6 de las condiciones generales) cuando fuera requerido el asegurador por el asegurado a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones garantizadas por la póliza.

6.- En cuanto al pago de indemnizaciones (apartado 7 de las condiciones generales) se estableció un interés equivalente al legal incrementado en un 50%, para el caso de que la aseguradora no hubiera cumplido con su prestación en los plazos legales y contractuales establecidos. Transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés sería del 20% anual. Como puede apreciarse, se trata de una previsión similar a la establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Las condiciones especiales aportadas por HCC están encabezadas con una denominación de póliza distinta: no es ya la "Póliza de Seguro de Garantía de Cumplimiento de Obligaciones Legales y Contractuales" sino una denominada "Póliza Sociedades Cooperativas".

Por otro lado, se considera también acreditado que ni la gestora, ni el corredor de seguros, ni la aseguradora facilitaron a los asegurados las condiciones especiales. En el acta de la asamblea celebrada el 6 de junio de 2007 (documento 13 de la demanda) se denegó la petición de una cooperativista de acceder a una copia de la póliza de seguro porque se consideraba "que dicho documento representaba un acuerdo privado entre la cooperativa y la compañía de seguros y que la publicidad del mismo puede dañar los intereses de la cooperativa". Se entiende que esta explicación, pretendidamente técnica, aunque absurda, fue dada por la gestora en dicha asamblea, más que por los miembros del Consejo Rector. Los cooperativistas no tuvieron, pues, conocimiento de las condiciones especiales, pese a que se les entregaba de forma personalizada el certificado individual, porque no se adjuntó al mismo ese condicionado.

Dentro de estas condiciones especiales, el riesgo garantizado aparecía descrito de una forma distinta de la expresada en las condiciones generales y particulares. Así, el objeto del seguro era garantizar "*que las cantidades entregadas por los Asegurados al Tomador del Seguro SERÁN EXCLUSIVAMENTE DESTINADAS A SUFRAGAR Y ATENDER LOS GASTOS QUE SE GENEREN EN EL PROYECTO PROMOTOR en el que dichos Asegurados participan en su calidad de Socios Cooperativistas, sin que en ningún caso suponga para el Asegurador compromiso de cobertura de las contingencias puramente empresariales que son inherentes a dicho proyecto*". En la condición especial V se indica que "*vencida la cobertura, el asegurador se compromete a la emisión a favor del tomador de nueva póliza de seguro en cobertura de las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 y del Real Decreto 2028/1995 de 22 de diciembre, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos exigidos para ello. No obstante, las*



garantías emitidas quedarán automáticamente canceladas, si por cualquier causa el Proyecto Empresarial resultara fallido, o bien si este fuera abandonado o pospuesto por la decisión mayoritaria de los socios cooperativistas expresada en Asamblea General, sea por el motivo que fuere. Comunicada dicha circunstancia al Asegurador, éste procederá a la cancelación del riesgo y al reintegro de la parte de la prima que proceda de acuerdo con lo establecido en la Estipulación Séptima". En la dicción literal de la cláusula, esta referencia a la automática cancelación de las garantías emitidas igual podía afectar a la póliza de estas condiciones especiales que a la póliza que se identificaba como de emisión posterior.

La condición especial XI transcribe literalmente, de un modo ciertamente impropio en un clausulado de condiciones, el mensaje de correo electrónico de 28 de diciembre de 2004, antes referido.

En las condiciones especiales VIII, IX, X y XI existen diversas referencias a las cuentas bancarias especiales en las que debían ingresarse las aportaciones cuyo buen fin garantizaban las condiciones generales. Como más adelante se expondrá, la única referencia legal conexas con este tipo de cuentas bancarias especiales es la Ley 57/1968. La condición especial XI condicionaba de forma expresa la emisión de los certificados de garantía individual a la aportación del certificado elaborado por la entidad bancaria sobre la intervención de la cuenta especial. A su vez, en la condición especial VIII HCC Europe exigía que las cuentas especiales cumplieren con los mismos requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 57/1968.

Los **certificados de garantía individual** emitidos a consecuencia de la póliza que se analiza, aunque parecen responder más al contenido de las condiciones especiales que al de las condiciones generales y particulares, reflejan las contradicciones existentes entre los diversos condicionados y tienen el siguiente tenor literal (documento 4 de la demanda y 8 de la contestación de HCC Europe):

"HCC EUROPE, de acuerdo con las condiciones generales, particulares y especiales de la póliza y mediante este certificado, garantiza al Asegurado la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del desarrollo del proyecto promotor en que éste participa como socio cooperativista, y que efectivamente haya pagado al tomador sociedad cooperativa, y con el límite máximo de Capital Asegurado indicado, siempre que dicho Asegurado pueda exigir del Tomador tales cantidades por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

A los efectos de esta póliza, exclusivamente podrá entenderse consumado dicho incumplimiento como circunstancia desencadenante del siniestro, cuando las cantidades entregadas por el asegurado fueren destinadas por el Tomador o sus representantes legales a fines distintos y ajenos a los que se refieren al desarrollo del proceso promotor.



El presente certificado será prorrogado anualmente teniendo su vencimiento una vez que sea obtenida por la sociedad cooperativa para su promoción la Calificación Provisional de Viviendas de Protección Pública y se cumplan los requisitos técnicos exigidos para la contratación de la póliza de afianzamiento (Ley 57/68), momento a partir del cual se entenderá cancelado a todos los efectos".

Por último, una breve referencia a la fase postcontractual. D. Manuel Fernández González, subdirector general y responsable del Departamento de Caucción de HCC, ha declarado que en el momento de la contratación no se remitía a los asegurados la póliza y que todas sus peticiones de información posterior, al tratarse una póliza colectiva, debían realizarse y resolverse por escrito. No se ha aportado ninguna prueba documental de las posibles consultas e informaciones facilitadas por esa vía, pese a que se considera un hecho notorio que ciento cincuenta cooperativistas preocupados por el riesgo de perder las aportaciones realizadas para la compra de una vivienda algún tipo de información reclamaron de la aseguradora, lo que induce a pensar que las peticiones de información no estaban en realidad sometidas a ese protocolo escrito y que es verosímil la versión de los demandantes, según la cual eran atendidos por teléfono con mensajes tranquilizadores sobre la posibilidad de recuperar el dinero si no se construían las viviendas.

CUARTO.- Los hechos probados sobre las cuentas bancarias especiales

Es un hecho no controvertido que la cooperativa abrió dos cuentas especiales, la 2038 1728 51 6000700135, de Caja Madrid (aunque la cuenta corriente como tal ya se había abierto con anterioridad) y la 2090 5559 70 0200000951 (también identificada con el nº 2090 5559 72 0040002248, en la sucursal 5559), de la antigua Caja de Ahorros del Mediterráneo, hoy Banco CAM. Todas las partes han reconocido igualmente que la apertura o modificación de una cuenta de estas características respondía a las exigencias de la póliza y que en ellas debían ingresarse las aportaciones pactadas por los cooperativistas para el pago del precio de la vivienda establecido en los respectivos contratos de inscripción. La condición "especial" de estas cuentas implicaba que todas las disposiciones tenían que ser aprobadas por la aseguradora HCC Europe, previa comprobación del destino.

En el caso de Caja Madrid, la cooperativa le dirigió una carta el 8 de febrero de 2005 (documento 19 de la demanda) en la que solicitaba que se otorgara a una cuenta ya abierta en esa entidad el *tratamiento de especial en los términos y condiciones establecidos por la Ley 57/1968 de 27 de julio, especialmente en su artículo 1.2. En cumplimiento de la misma, continuaba la carta, se ha contratado seguro de dichas cantidades con HCC Europe...*



Los certificados emitidos por las dos entidades bancarias demandadas sobre las cuentas especiales han sido aportados con la demanda como documentos 22.b) y 27 y tienen un contenido similar, que es el siguiente (se omiten los datos particulares de cada cuenta en la transcripción):

Que con el número..... figura abierta (...) una cuenta corriente a nombre de el Balcón de O'Donnell SCMV destinada en exclusiva a percibir las cantidades anticipadas por los compradores de la promoción de viviendas con separación de cualesquiera otros fondos de su titular. Los fondos depositados en la cuenta se destinarán en exclusiva a atender necesidades de la promoción y serán indisponibles salvo contra facturas o certificaciones aprobadas por HCC Europe (...) mediante firma de un representante autorizado de la Compañía de Seguros ante el Banco. La compañía HCC Europe (...) está autorizada para solicitar extractos de cuenta y aclaraciones a los apuntes y movimientos que se produzcan en la misma.

El certificado transcrito es el firmado en su día (16 de enero de 2006) por la CAM. En el de Caja Madrid, idéntico en lo sustancial, se detallaba la ubicación de la promoción de viviendas y se especificaba que los fondos que se destinarían en exclusiva a las necesidades de la promoción serían los depositados en la cuenta a partir del 25 de febrero de 2005, que es la fecha en la que está firmado el certificado.

Ambos certificados fueron redactados sobre la base del modelo proporcionado a las entidades bancarias por el personal de HCC Europe. Existen diversas pruebas que así lo acreditan, a pesar de ser un hecho expresamente negado en la contestación a la demanda de HCC: en primer lugar, la testifical del corredor de seguros, que ha afirmado que HCC tenía un modelo de certificado, posiblemente coincidente con los certificados exhibidos, y que es probable que estos fueran redactados sobre la propuesta de HCC; en segundo lugar, el documento 22.a) de la demanda, consistente en el correo enviado por una antigua empleada del departamento de caución de HCC, D^a Raquel Ocaña, el 13 de enero de 2006, viernes, a las 14:04 horas, a un empleado de la CAM, D. José Luis de Francisco Colmenarejo, con un archivo adjunto y con la mención en el asunto de *modelo cuenta especial intervenida*; y, por último, la declaración testifical del Sr. De Francisco Colmenarejo, que ha afirmado que recibió ese correo y que el archivo adjunto contenía el modelo en cuestión, que fue el utilizado para la firma del certificado el lunes siguiente, 16 de enero.

Es evidente que en los certificados emitidos por las entidades bancarias no existe ninguna referencia expresa a la Ley 57/1968, aunque sí se aprecia a simple vista, como ya se ha indicado, la similitud existente entre los términos empleados en





esos certificados y los del artículo 1 de la citada ley, en las menciones a la *separación de cualquier otra clase de fondos* pertenecientes al promotor-titular de la cuenta y al destino exclusivo de los fondos a *las atenciones derivadas de la promoción*.

QUINTO.- Los hechos probados sobre el devenir posterior la cooperativa

Es un hecho también reconocido por todas las partes que HCC autorizó todas las disposiciones de fondos de las dos cuentas bancarias a las que se ha hecho referencia. No existe ninguna autorización ni denegación discutida. La póliza se fue renovando anualmente y la cooperativa abonó la prima correspondiente. Los pagos realizados desde la contratación de la póliza hasta el año 2009 fueron de 370.215,23.- euros (documento 43 de la demanda). Tampoco se discute que el 16 junio de 2009 la cooperativa acordó su disolución y liquidación, así como la declaración en concurso de acreedores. El procedimiento concursal (666/2009) se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid y aún no ha finalizado.

Igualmente, como hecho reconocido, es importante reseñar que al día siguiente, 17 de junio de 2009, HCC Europe comunicó a la cooperativa El Balcón de O'Donnell su decisión de resolver la póliza. La carta en la que se notificó a la cooperativa esta decisión es el documento 43 de la demanda y en ella se refiere la póliza contratada con una denominación distinta de la que aparece en las condiciones particulares (se habla ahora de *Póliza de Sociedades Cooperativas*) y se redefine su objeto: garantizar que las cantidades entregadas por los cooperativistas a la cooperativa se destinaban exclusivamente a atender los gastos generados en el proyecto promotor, *sin que en ningún caso (...) [se] hubiera adoptado compromiso de cobertura de contingencias empresariales que son inherentes a dicho proyecto, siendo importante señalar que, lógicamente, la póliza contratada no se trataba de la prevista en la Ley 57/1968 (...)*. La carta daba cuenta de que la decisión adoptada era de "cancelación y rescisión" la póliza desde esa fecha. La aseguradora devolvió a la cooperativa la parte de la prima que se entendió no consumida (33.174,92.- euros).

Consta, por lo demás, el ejercicio de acciones penales por la cooperativa contra la gestora y contra sus administradores D. Rafael y D.^a Amanda Torralbo Pozuelo, en las Diligencias Previa del Juzgado de Instrucción número 43 a las que ya se ha hecho referencia. En ellas, ha estado imputado el representante legal de HCC Europe, si bien por auto de 30 de julio de 2012 se ha acordado el sobreseimiento provisional y parcial de la causa frente a dicho representante legal. Se desconoce si este auto es o no firme.



SEXTO.- La prejudicialidad penal

La excepción procesal de prejudicialidad penal planteada por BANKIA ya fue desestimada en la audiencia previa, en una resolución que debe ser ratificada en esta sentencia. Conforme al artículo 40 de la L.E.C., cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurren las siguientes circunstancias:

1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil.

2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

La suspensión por prejudicialidad penal se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia. La jurisprudencia ha reiterado la necesidad de interpretar restrictivamente los supuestos en que procede la suspensión por prejudicialidad penal, ante la evidente necesidad de proteger el procedimiento de las dilaciones indebidas en que podía incurrirse de otro modo.

Así, para que proceda la admisión de la prejudicialidad penal, que conllevaría la suspensión del proceso civil mientras se tramite el proceso penal, se exigen unos determinados requisitos, que se señalan en el mencionado artículo. En concreto:

- a) Que se acredite plenamente la existencia de un proceso penal.
- b) Que los hechos investigados en el proceso penal con apariencia de delito sirvan de fundamento a las pretensiones de las partes en el proceso civil.
- c) Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en la causa criminal pueda tener una influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En definitiva, como ha señalado la jurisprudencia citada, se exige una especial coincidencia y conexión de los procesos, de ahí que se pregone esa nota de la imprescindibilidad de la causa penal, recogida en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para evitar que, por el perjuicio que se produciría a la seguridad jurídica, nos pudiéramos encontrar con sentencias contradictorias dictadas por órganos de distintos órdenes jurisdiccionales.

El procedimiento penal que sirve de base a esta alegación de prejudicialidad es el ya mencionado: las Diligencias Previas 6752/2009 del Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid, iniciadas a raíz del ejercicio de acciones penales por parte de la cooperativa contra la gestora y contra sus administradores D. Rafael y D.^a Amanda Torralbo Pozuelo. En ellas, ha estado imputado el representante legal de HCC Europe, si bien por auto de 30 de julio de 2012, que no consta si es firme, se ha acordado el sobreseimiento provisional y parcial de la causa frente a dicho representante legal. Ese procedimiento penal tiene por objeto decidir la posible responsabilidad penal en que haya podido haber incurrido el personal de la gestora por la forma en que se administraron y emplearon las aportaciones de las cooperativistas y sólo podría tener relación, más o menos directa, con la forma en que HCC Europe ejerció la intervención y control de las cuentas especiales. Sin embargo, ya se ha indicado que no es un hecho controvertido el modo en que se llevó a cabo la autorización de las disposiciones de esas cuentas, por lo que no existe ninguna razón para que este procedimiento quede en suspenso a expensas de lo resuelto en el procedimiento penal.

SÉPTIMO.- La legitimación activa de D^a Nuria Ventura Cano

La demandada HCC Europe ha alegado que una de las demandantes, D^a Nuria Ventura Cano, no ha aportado el certificado individual de garantía y que, por tanto, carece de legitimación activa. Esta alegación debe ser desestimada porque ha quedado acreditado que la Sra. Ventura Cano realizó aportaciones conjuntas con su hermano D. David Ventura Cano por importe de 48.692,44.- euros. Por ello, el hecho de que no se emitiera un certificado a su nombre, sino exclusivamente a nombre de su hermano, no le priva de legitimación activa, porque esta condición deriva de las aportaciones realizadas y de su correlativa condición de asegurada y no de las formalidades del certificado individual, máxime cuando nos encontramos en un proceso declarativo y no de ejecución.

OCTAVO.- La Ley 57/1968 y el seguro de caución

El artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, establece que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera.- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de

Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda.- Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.

El contenido del artículo 1 de la Ley 57/1968, que ha sido literalmente transcrito, se vio modificado por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que establece que *la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio*, que se aplicará, junto con sus disposiciones complementarias, al caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa (...)

c) La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

El seguro regulado en el artículo 1 de la Ley 57/1968 es una modalidad del seguro de caución que se define en el artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro como contrato de seguro por cuenta ajena en el que no coinciden las personas del tomador del seguro (en el caso, el promotor o vendedor de la vivienda) y el asegurado (comprador de la vivienda). Ahora bien, los derechos que esta ley otorga a quienes han realizado aportaciones a cuenta del precio de sus viviendas tendrán el carácter de irrenunciables, por lo que el contenido de la norma tiene un carácter marcadamente imperativo.

Por otra parte, el seguro de caución, categoría más amplia que incluye al seguro mencionado en la Ley 57/1968 y que incluiría también el seguro de caución global que sostiene HCC Europe, es aquel en virtud del cual el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los

daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato.

Como la consideración de la póliza de seguros como un seguro de caución voluntario (tesis de HCC) o como el seguro de obligatorio de la Ley 57/1968 (tesis de los demandantes y del resto de las demandadas) es el punto crucial del debate, conviene recordar que el seguro de caución puede tener un carácter voluntario, y a él se aplicaría en su totalidad la Ley de Contrato de Seguro de 1980, o puede ser caracterizado como seguro obligatorio, que es el que plasma la Ley 57/1968 para las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de viviendas (AAP Madrid, Sección 19, de 23 de enero de 2012). No nos hallamos, pues, ante figuras esencialmente distintas, aunque los efectos de una u otra modalidad son más que diferentes, precisamente por ese contenido imperativo e irrenunciable al que se ha hecho referencia.

NOVENO.- Los problemas de interpretación de la póliza

A juicio de este tribunal, el contrato de seguro que ha motivado este procedimiento presenta unas dosis de confusión que están muy por encima de las habituales dudas que puede plantear la mayor o menor complejidad de una póliza de seguro.

La oscuridad del conjunto documental que integra la póliza de seguro y el certificado individual de garantía entregado a los asegurados sólo es imputable a HCC Europe, encargada de la redacción de las condiciones generales, particulares y especiales y de los certificados individuales de garantía. La consecuencia jurídica de este hecho es evidente: la oscuridad de la póliza no puede beneficiar a HCC Europe, porque fue la parte que la generó (artículo 1288 del CC). Ello implica que no puede prevalecer, sin más, la interpretación literal que pretende hacer la aseguradora para denegar las indemnizaciones que se reclaman con el argumento de que la póliza en cuestión sólo cubría el control de que las cantidades entregadas a cuenta por los cooperativistas se destinaran al proyecto promotor, y nunca el buen fin de las mismas.

Y no siendo posible la prevalencia de esa interpretación literal, es necesario indagar la voluntad de las partes, porque desde la perspectiva del artículo 1281 del Código Civil, los términos del contrato no están en absoluto claros y ofrecen múltiples dudas sobre cuál fue esa voluntad, de modo que no es posible estar al tenor literal del mismo y es necesario indagar sobre cuál fue su propósito al suscribir esta póliza. Pero previamente se explicarán las razones por las que se ha considerado que la póliza es compleja, oscura y en muchos casos contradictoria. Estas razones son las siguientes:





1.- Las condiciones particulares de la póliza están redactadas como si el seguro contratado fuera un seguro de caución en el que el riesgo garantizado es el cumplimiento de todas las obligaciones legales y contractuales que la cooperativa asumía con sus socios. La póliza se denomina "póliza de seguro colectiva de obligaciones legales y contractuales sociedades cooperativas de viviendas" y la operación garantizada es el buen fin de las cantidades entregadas por los socios cooperativistas para el desarrollo del proyecto promotor. La principal obligación contractual de la cooperativa era la construcción y entrega de las viviendas y su única obligación legal, en la fecha en la que se suscribe la póliza, en la que ya se habían percibido cantidades a cuenta del precio de esas viviendas, era garantizar su devolución para el caso de que la promoción no llegara a buen fin, de acuerdo con la Ley 57/1968, además de entregar las viviendas construidas por aplicación de la normativa sectorial promulgada en la regulación de las cooperativas de viviendas. En las condiciones particulares se hace un apartado específico para la cuenta donde deben hacerse los ingresos que, aunque no está debidamente cumplimentado, evidencia la existencia de una cuenta bancaria especial, en los términos establecidos en el ya transcrito artículo 1 de la Ley 57/1968. Las condiciones particulares eran plenamente coherentes, pues, con el contenido de dicha ley.

2.- Las condiciones generales insisten en la definición del riesgo cubierto: *"el pago efectivo que se debe recibir del tomador en caso de incumplimiento por éste de las obligaciones asumidas ante el asegurado en las condiciones particulares de la póliza"*: el buen fin de las cantidades aportadas por los socios cooperativistas para el desarrollo del proyecto promotor. Entre los riesgos excluidos de la condición general segunda no está, en modo alguno, el fracaso del proyecto promotor ni ninguna circunstancia similar. El siniestro se entiende producido, según la condición general sexta, cuando fuera requerido el asegurador por el asegurado a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones garantizadas por la póliza, esto es, las obligaciones legales y contractuales a las que ya se ha hecho referencia. Como se ha indicado en el apartado anterior, también el contenido de las condiciones generales encaja con el ámbito normativo (e imperativo) de la Ley 57/1968.

3.- Las condiciones especiales restringen en perjuicio de la tomadora de la póliza y de los asegurados la cobertura pactada en las condiciones generales y particulares, hasta el punto de hacer desaparecer de hecho dicha cobertura. Así:

a) Ahora, el riesgo asegurado ya no se describe como el buen fin de las aportaciones, sino como el destino de esas aportaciones: atender exclusivamente los gastos que se generen en el proyecto promotor con arreglo a la financiación prevista (condición IV), es decir, el plan financiero analizado y visado por la aseguradora. El adecuado destino de las aportaciones es un componente del buen fin del proyecto, pero este riesgo, que es el nominalmente asegurado en las condiciones generales y



particulares, es más amplio. Se excluye, en esta condición segunda, la *cobertura de las contingencias puramente empresariales que son inherentes a dicho proyecto*. No se ofrece más detalles sobre la definición o catalogación de esas contingencias. Si se entiende que esas contingencias empresariales incluyen el posible fracaso del proyecto y la falta de entrega de las viviendas, quedaría automáticamente anulado el riesgo asegurado en las condiciones generales y particulares.

b) En el párrafo tercero de la condición especial V se establece que *“vencida la presente cobertura, el asegurador se compromete a la emisión a favor del Tomador, de nueva póliza de seguro en cobertura de las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 y del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre¹, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos exigidos para ello”*. Se establece así una obligación futura del asegurador, ligada al vencimiento de la póliza, de formalizar la cobertura con arreglo a las dos normas citadas. Queda la duda de si la diferencia entre una y otra póliza sería única y exclusivamente de formalización de otros requisitos documentales o si se vería afectada también la cobertura. Estas dudas se acrecientan con la lectura de la condición general IX, que condiciona la “posterior emisión de la póliza de afianzamiento de cantidades anticipadas” a la aportación y verificación de determinada documentación. Incluso en la forma en la que está redactada esta cláusula podía haber la duda de si la póliza ya cumplía los requisitos de la Ley 57/1968 y la remisión de la misma estaba vinculada a las exigencias del Real Decreto 2028/1995.

c) En esta condición general V, dedicada la duración de la póliza, se establece también que *las garantías emitidas quedarán automáticamente canceladas, si por cualquier causa el proyecto empresarial resultara fallido, o bien si este fuera abandonado o pospuesto por la decisión mayoritaria de los socios cooperativistas expresada en Asamblea General, sea por el motivo que fuere. Comunicada dicha circunstancia al Asegurador, éste procederá a la cancelación del riesgo y al reintegro de la parte de la prima que proceda de acuerdo con lo establecido en la Estipulación Séptima*”. Este apartado, en su tenor literal y aislado del resto de la póliza, supondría la derogación automática de las condiciones particulares y generales, ya que es evidente que el riesgo básico inherente al buen fin de cualquier proyecto es su fracaso.

c) En las condiciones especiales VIII, IX, X y XI existen diversas referencias a las cuentas bancarias especiales en las que debían ingresarse las aportaciones cuyo buen fin garantizaban las condiciones generales. Debe tenerse muy presente que la única referencia legal que relaciona los seguros de caución y las cuentas bancarias especiales es la Ley 57/1968, por lo que surge de nuevo la duda sobre la cobertura

¹ Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los Planes Estatales de Vivienda.



de la póliza, máxime cuando la condición especial XI condiciona de forma expresa la emisión de los certificados de garantía individual a la aportación del certificado elaborado por la entidad bancaria sobre la intervención de la cuenta especial. Es importante tener en cuenta, además, que en la condición especial VIII HCC Europe exigía que las cuentas especiales cumpliesen con los mismos requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 57/1968.

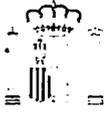
4.- Los certificados individuales reflejan la contradicción entre las condiciones generales y particulares. En el párrafo primero se indica que *"HCC EUROPE, de acuerdo con las Condiciones Generales, Particulares y Especiales de la póliza y mediante este certificado, garantiza al Asegurado la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del desarrollo del proyecto promotor en que éste participa como socio cooperativista, y que efectivamente haya pagado al Tomador Sociedad Cooperativa, y con el límite máximo de Capital Asegurado indicado, siempre que dicho Asegurado pueda exigir del Tomador tales cantidades por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.* Este párrafo, coherente con las condiciones generales y particulares, contradice las condiciones especiales y, a su vez, los párrafos dos y tres son completamente incompatibles con la literalidad de algunas de las condiciones generales y particulares (*exclusivamente podrá entenderse consumado dicho incumplimiento como circunstancia desencadenante del siniestro, cuando las cantidades entregadas por el asegurado fueren destinadas por el Tomador o sus representantes legales a fines distintos y ajenos a los que se refieren al desarrollo del proceso promotor. El presente certificado será prorrogado anualmente teniendo su vencimiento una vez que sea obtenida por la Sociedad Cooperativa para su promoción la Calificación Provisional de Viviendas de Protección Pública y se cumplan los requisitos técnicos exigidos para la contratación de la póliza de Afianzamiento (Ley 57/68), momento a partir del cual se entenderá cancelado a todos los efectos"*).

DÉCIMO.- El criterio interpretativo de la voluntad de las partes.

Han quedado suficientemente explicadas en el fundamento jurídico anterior las razones por las que se considera que la póliza analizada es oscura y que la determinación de sus efectos no puede llevarse a cabo por su solo tenor literal, con la consiguiente necesidad de indagar sobre la voluntad de las partes.

Las pruebas practicadas acreditan sin ningún género de dudas que el propósito de la cooperativa era contratar una póliza de seguro que cubriera todas las obligaciones legales impuestas por la Ley 57/1968 y todas las obligaciones contractuales posibles. La aseguradora tuvo que ser consciente de esta pretensión y, de hecho, no sólo no descartó expresamente la contratación de esas garantías, sino que estructuró un conjunto documental de condiciones generales, particulares y





especiales lo suficientemente ambiguo como para dar a entender que la cobertura ofrecida coincidía con la exigida legalmente.

Desde la contraparte contractual, se entiende que la voluntad de la aseguradora no pudo ser excluir de forma clara y terminante de la cobertura pactada la indemnización procedente por las aportaciones realizadas por los cooperativistas si las viviendas no llegaban a entregarse, porque en ese caso no hubiera redactado las condiciones generales y particulares en tan evidente contradicción con las especiales y porque, como empresa especializada, tenía conocimiento del contenido de la Ley 57/1968 y debía tenerlo también de su carácter imperativo, de modo que si su voluntad fue la exclusión voluntaria de esa ley aplicable en perjuicio de tercero, su propósito no merecería protección jurídica porque la contravención de la norma imperativa priva de efectos a la voluntad infractora (artículo 6.3 del CC) y porque en aplicación del artículo 6.2. sería necesario aplicar la regla imperativa que se hubiera tratado de eludir, esto es, la Ley 57/1968.

Siguiendo el esquema expuesto en la valoración de la prueba, se analizarán las razones por las que se llega a la conclusión de que la voluntad común de las partes no fue excluir la cobertura del seguro si las viviendas no llegaban a entregarse:

A.- Los datos disponibles sobre la fase precontractual apuntan hacia la voluntad inequívoca de la cooperativa de contratar un seguro que garantizase la devolución de las aportaciones a los cooperativistas si la promoción no llegaba a buen fin. Deben valorarse, en este sentido, los siguientes extremos:

A.1.- Desde la perspectiva de la cooperativa

a) Es innegable que cooperativa estaba obligada a cumplir los requisitos de la Ley 57/1968 desde el momento en que percibiera cantidades a cuenta del precio de las viviendas que proyectaba construir.

Se ha discutido en este procedimiento si esa obligación legal se puede fraccionar en dos tramos, tal y como pretende HCC Europe. Este tribunal no comparte esa tesis, como ha sucedido en otras muchas resoluciones judiciales dictadas en torno a este tipo de pólizas. La Ley 57/1968 obliga a todo promotor de viviendas que pretenda percibir cantidades anticipadas antes de iniciar la construcción o durante la misma a cumplir dos obligaciones muy sencillas: garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés aplicable y percibir las cantidades anticipadas a través de una cuenta especial. Y la LOE incluye como uno de los riesgos esenciales que debe cubrir el seguro que la construcción de las viviendas no llegue a iniciarse.

Lógicamente, la redacción de una póliza de seguro ajustada a esta obligación en las primeras fases de proceso constructivo presenta muchas más dificultades, pero



en modo alguno resulta imposible ni desde el punto de vista técnico ni desde el punto de vista legal. Puede discutirse si la cooperativa o promotora tiene que aportar planes financieros más realistas, o más detallados, o si la entrega de las viviendas tiene que referenciarse a fechas concretas en lugar de a datos más genéricos o a periodos más largos. Todo eso debe discutirlo la aseguradora con el tomador del seguro y puede tener también su reflejo en la valoración del riesgo y en el cálculo de la prima, pero precisamente es la aseguradora quien mayor margen de actuación tiene, porque no está obligada a ofrecer entre sus productos la cobertura de la Ley 57/1968 y si se aviene a emitir una póliza ajustada a la necesidad de una cooperativa de garantizar el buen fin de la promoción, sabe que tiene una obligación: respetar el contenido imperativo de la Ley 57/1968. Si para cumplir esa obligación debe hacer un clausulado ad hoc o fijar una prima mayor, puede hacerlo.

Pero no sólo es que técnica y legalmente sea perfectamente posible amparar la cobertura de la Ley 57/1968 en las primeras fases de la promoción, sino que, además de la LOE, el artículo 2 del Real Decreto 3114/1968, sobre aplicación de la Ley 57/1968 a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas prevé la constitución de garantías incluso para las aportaciones realizadas para la compra del solar, al establecer en su párrafo primero lo siguiente:

La garantía a que se refiere la condición primera del art. 1 de la Ley 57/1968, será exigida a la persona física o jurídica que gestione la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciba las cantidades anticipadas, ya sea en calidad de propietaria del solar o como mandataria, gestora o representante de aquélla o bien con arreglo a cualquier otra modalidad de hecho o de derecho, directamente o por persona interpuesta.

En la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid (sección 8ª) de 7 de febrero de 2007, citada en la demanda, se analiza esta cuestión desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa de una gestora de cooperativas, sancionada por la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid por no garantizar las cantidades percibidas a cuenta para la adquisición de viviendas ni ingresarlas en cuentas especiales, de acuerdo con lo previsto en los arts. 53.1 y 71.1 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, recordando que el seguro previsto en la Ley 57/1968 es obligatorio se haya iniciado o no las obras de construcción de las viviendas, tal y como establece de forma expresa el artículo 1 de la ley.

En definitiva, la obligación de constituir la garantía surge ya desde el momento en que las cantidades percibidas a cuenta del precio de las viviendas se emplean para financiar la adquisición de solar, que es el momento más embrionario posible de todo el proceso constructivo. Y ello es así porque uno de los riesgos



naturalmente asegurados es, precisamente, el no inicio de la construcción. Es comprensible que para el mercado asegurador sea más sencillo y probablemente más rentable confeccionar modelos de pólizas ajustadas a cada fase de la construcción, porque la delimitación del riesgo es más sencilla, pero, dicho esto, no se comparte ese efecto imperativo y universal que se pretende dar a una práctica comercial que distingue entre pólizas de tramo I y de tramo II sin respaldo legal alguno. Sobre esta cuestión, no cabe sino dar aquí por reproducidos los argumentos de la SAP Madrid, sección 13, de 17 de mayo de 2011².

b) La cooperativa, consciente de sus obligaciones legales, indicó en la publicidad de la promoción, de forma expresa, que todas las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición de las viviendas estarían garantizadas por la entidad de crédito donde se efectuaran los ingresos, en referencia a la cuenta especial complementaria al aseguramiento. El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, supone que esta obligación era plenamente exigible por los cooperativistas, aun cuando no figurara expresamente en el contrato celebrado (artículo 3.2).

c). El corredor de seguros que intervino en la operación ha manifestado que el interés de la gestora de la cooperativa era asegurar el máximo de contingencias posibles, y de hecho solicitó el mejor seguro que hubiera en el mercado porque pretendía asegurar todas las obligaciones posibles. La aseguradora demandada sostiene que la intervención del corredor es una garantía de asesoramiento profesional e independiente de la que hace derivar el supuesto conocimiento de la cooperativa y de los cooperativistas de la alegada exclusión de la Ley 57/1968.

² "Tal pretensión [de distinguir entre seguros de tramo I y de tramo II] resulta absolutamente insostenible por muchos dictámenes que la avalan y sea sostenida por una exhaustiva argumentación, y ello por las siguientes razones:

La póliza otorgada es de origen legal y tiene un contenido mínimo imperativo y obligatorio que no es susceptible de ser modificado ni derogado por las partes que la concretan, de forma que garantice la devolución de las cantidades entregadas más el 6% de interés anual, sin que su perfección o efectos queden condicionados al inicio de la construcción (uno de los riesgos que asegura es que ésta no se inicie, luego su existencia no es presupuesto del contrato) o a que exista un número determinado de cooperativistas. El régimen normativo de la póliza puede modularse por las partes, siempre que no afecte a la finalidad legal esencial en cuya consideración se celebra el contrato, por lo que no distinguiendo la Ley 57/68 dos fases o tramos distintos objeto de distinto afianzamiento, no puede atribuirse a la póliza suscrita el efecto limitado de garantizar que las cantidades aportadas se destinarán exclusivamente al proyecto de promoción de viviendas, en perjuicio del adquirente, con clara vulneración de la Ley 57/1968, que es la que hace obligatorio e impone su concierto, sin que pueda quedar derogado su contenido por una mera comunicación del Corredor de Seguros dirigida a un empleado o dependiente de la aseguradora -folios 234 y 235-, ni desde luego tener eficacia alguna entre las partes contratantes, cuando sus términos o condiciones luego no se incorporan a la póliza que firmaron aquéllas.





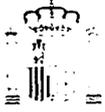
No fue así, desde luego, en este caso, porque el corredor de seguros, pese a su experiencia y a su formación, se plegó al criterio de la aseguradora sobre los seguros de tramo I y de tramo II y a la supuesta imposibilidad de redactar una póliza que, simple y llanamente, contemplara las coberturas de la Ley 57/1968.

La adscripción incondicional del corredor al criterio de la aseguradora no fue negociado con la cooperativa. La aseguradora, por el contrario, tuvo perfecto conocimiento de que el corredor se limitó a aceptar una confusa oferta, por lo que no puede ahora sostener ahora que el criterio de este profesional era un criterio autónomo e independiente, cuando la necesidad de cobertura que le fue planteada por el corredor siguiendo las indicaciones de la cooperativa o de su gestora no quedaría en absoluto cubierta en esas supuestas pólizas de tramo I, como reconoce expresamente D. Francisco José Ferreres.

Su criterio de que la póliza contratada era clara e inequívoca tampoco es propio de un corredor de seguros independiente, porque la interpretación de esta póliza y de otras semejantes ha dado lugar a innumerables litigios, a múltiples resoluciones judiciales que, acogiendo una u otra tesis asumen que el trabajo de interpretación no es fácil ni su resultado pacífico, a un informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y a un dictamen elaborado por dos catedráticos de universidad. Las condiciones sobre las que él personalmente (no la cooperativa ni la gestora) aceptó la emisión de la póliza eran las detalladas en el correo de 28 de diciembre de 2004, que, aún limitándose a la fecha de efecto, duración anual y prima, ya eran suficientemente expresivas de la confusión que luego se reflejó en la póliza: la emisión de los certificados de garantía individual quedaba condicionada a la intervención de las cuentas como cuentas especiales, en una referencia que evoca la ley 57/1968 y al mismo tiempo se mencionaba *la posterior emisión de la póliza de Afianzamiento de Cantidades Anticipadas*, que se condicionaba a la aportación de determinada documentación. Ante estas contradicciones, llama la atención que el mediador de seguros aceptara personalmente la emisión de la póliza sin tomarse mucho tiempo para estudiar las condiciones o pedir aclaraciones sobre cláusulas que serían esenciales en el contrato de seguro o sobre las dificultades de interpretación de la oferta.

En todo caso, la intervención de un corredor de seguros no impide, en términos generales, la consideración de determinadas cláusulas como nulas. El Tribunal Supremo ha considerado que la intervención del corredor no blindaba a la póliza contra las fuentes de nulidad que pueden apreciarse en las distintas cláusulas, que serán consideradas nulas si concurren los requisitos legales para ello independientemente de la intervención del corredor (STS de 28 de noviembre de 2011).





A.2. Las pruebas practicadas sobre la voluntad de la aseguradora en esa fase contractual sólo acreditan la ambigüedad que acabó plasmándose en el contenido de la póliza. HCC Europe tuvo que ser consciente de la pretensión de la cooperativa de garantizar el cumplimiento de todas sus obligaciones y de que el buen fin de la promoción identificado como riesgo asegurado incluía la finalización y entrega de las viviendas; como ya se ha indicado, no sólo no descartó expresamente la contratación de esas garantías, sino que estructuró un conjunto documental de condiciones generales, particulares y especiales lo suficientemente ambiguo como para dar a entender que la cobertura ofrecida coincidía con la exigida legalmente. Si la aseguradora conocía, como es evidente, el propósito de la cooperativa y todos los detalles de su proyecto promotor, su voluntad podía encaminarse hacia tres direcciones: en primer lugar, podía facilitar la cobertura pretendida, para lo cual sabía que tenía que redactar una póliza que cumpliera los términos imperativos de la Ley 57/1968; en segundo lugar, podía pretender, sin explicitarlo, la emisión de una póliza diferente, en cuyo caso tenía constancia de que estaba excluyendo voluntariamente la aplicación de esa ley imperativa y que esa exclusión podía perjudicar a los terceros asegurados, de modo que su voluntad no mercería ninguna protección jurídica, como ya se ha adelantado, porque la contravención de la norma imperativa privaría de efectos a la voluntad infractora (artículo 6.3 del Código Civil) y sería necesario aplicar la regla imperativa que se hubiera tratado de eludir, esto es, la Ley 57/1968, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2.

La tercera posibilidad, que es la que se defiende en la contestación a la demanda, relativa a la genérica contratación de un contrato de caución que daría cobertura al concretísimo riesgo de que las aportaciones fueran desviadas del proyecto promotor para destinarse a otros fines ajenos al mismo, no encaja en modo alguno con el contenido imperativo de la Ley 57/1968, que quedaría obviamente vulnerado, ni con las pruebas practicadas, ni se entiende, en tal hipótesis, por qué razón no se explicó claramente en la documentación contractual que el riesgo asegurado tenía un contenido tan limitado, en relación con lo que la cooperativa quería asegurar. Existen cinco cuestiones determinantes en este punto:

a) La emisión de la póliza hubo de ser aprobada por un denominado comité de afianzamiento, lo que presupone que la negociación previa y las condiciones del seguro no se improvisaron. Y por una elemental aplicación del principio de buena fe que debe regir las relaciones contractuales, según los artículos 7 y 1258 del Código Civil, en esa fase contractual debió aclarar de forma expresa y terminante que, pese a que la denominación y al contenido de las condiciones generales y particulares, el único riesgo que pretendía cubrir era la desviación (ilícita, porque no podía ser de otra manera, ya se enajenara esa ilicitud en el ámbito civil o en el ámbito penal) de los fondos depositados por los cooperativistas en las cuentas de la cooperativa.

b) En particular, la aseguradora debió extremar la claridad de las condiciones expuestas en la oferta remitida por correo electrónico al corredor de seguros y



recabar la aceptación expresa de la gestora o de los órganos de representación legal de la cooperativa, en lugar de dar por válida, para emitir la póliza, la aceptación del corredor de seguros que, como ya se ha explicado, no discutió ninguna de las menciones de la propuesta, pese a que tanto la aseguradora como el corredor debían saber que, para el caso de que no se garantizara la devolución de las aportaciones en caso de falta de entrega de la vivienda, la diferencia entre el propósito del tomador del seguro y la cobertura de la póliza realmente contratada era tan abismal que mercería, sin duda, una explicación clara y expresa de lo que la aseguradora estaba dispuesta a contratar. Y, debe insistirse, no sólo falta esa explicación, sino que todo el proceso de contratación se presenta como una secuencia opaca y unilateral en la que ni la aseguradora ni el corredor tienen el más mínimo contacto con la cooperativa, como tomadora del seguro, ni con los cooperativistas, como asegurados.

c) HCC Europe tuvo que ser consciente de que la negociación en la fase precontractual sobre los datos contables y financieros del proyecto que se consideraban necesarios para la emisión de la póliza, sobre la necesaria y obligatoria apertura de las cuentas especiales y sobre la condición innegociable de intervención de dichas cuentas, de las que no podría realizarse ninguna disposición sin su previa autorización escrita, situaba estos tratos preliminares en un marco muy concreto, que era el de la garantía de las aportaciones entregadas a cuenta por los riesgos mencionados en la Ley 57/1968.

d) El deber de información de la aseguradora sobre todos estos extremos sólo puede calificarse como esencial, ya que afecta a la definición del riesgo y, por tanto, al núcleo del contrato de seguro. Por ello, no era suficiente con facilitar, en términos positivos, la información correcta y adecuada a la cobertura que se pretendía contratar o a la que la aseguradora estaba dispuesta a ofrecer, sino que era igualmente necesario, desde ese parámetro básico de la buena fe al que se ha hecho referencia, no silenciar datos esenciales. En otras palabras, si la aseguradora no iba a garantizar la devolución de las aportaciones en el caso de que las viviendas no fueran finalmente entregadas, no es posible que silenciara ese dato sin vulnerar al mismo tiempo las reglas de la buena fe contractual.

e) Si la pretensión de HCC Europe hubiera sido realmente garantizar la devolución de las aportaciones sólo para el caso de desviación de fondos, hemos de convenir, con otras resoluciones judiciales que han analizado esta cuestión, que en ese caso lo que faltaría realmente sería el riesgo en sí: no es posible que las personas autorizadas a disponer de las cuentas especiales intervenidas destinasen las aportaciones de los cooperativistas a fines completamente ajenos al proyecto promotor sin incurrir en dolo o, apurando mucho el razonamiento, en una culpa calificada. Y, de ser así, HCC Europe podría pretender exonerarse de su prestación alegando el dolo o culpa del tomador. Piénsese que, en la versión de la aseguradora, el control previo que tenía que ejercer para autorizar la disposición de fondos de las



cuentas intervenidas era muy simple: bastaría con comprobar que el destino de los fondos tenía alguna relación con el proyecto promotor. No es fácil imaginar en qué escenario la aseguradora tendría que hacer efectiva esa peculiar cobertura que ahora defiende, ya que, más allá de ese mínimo control sobre el destino de los fondos, también niega de facto haber asumido alguna obligación sobre la eficiencia del gasto, control éste que debe entenderse necesario si ese alegado seguro de caución voluntario cubría el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la cooperativa.

Es evidente que, en esa hipótesis, la prestación que asumiría la aseguradora no sería la de garantizar una indemnización para el supuesto de acaecimiento de un riesgo, que son los términos en los que el artículo 1 de la LCS define el contrato de seguro, sino la de evitar que un hipotético riesgo (el de desviación de los fondos) llegara a materializarse, empleando para ello dos sistemas de control: la conformidad de las entidades bancarias para no permitir ninguna disposición de dinero no autorizada por la aseguradora y la previa autorización de esas disposiciones. Se trata de una prestación desde luego más cercana al contrato de arrendamiento de servicios que al propio del contrato de seguro, que no justificaría, por lo demás, unas primas como las que han sido abonadas ni esa vinculación tan directa entre el importe de la prima y el capital asegurado, coincidente, por lo demás, con el importe de las aportaciones de los cooperativistas y sin ninguna relación con el volumen de disposiciones ni con los movimientos de las cuentas especiales. Y, en todo caso, el control de las cuentas bancarias tendría por objeto asegurar la garantía del buen fin de las aportaciones, que es lo pactado en las condiciones particulares, objetivo final del que el control de la aseguradora es mero instrumento y que sólo se logra con la entrega de las viviendas, que era el fin exclusivo para el que se constituyó la cooperativa y el motivo por el que los ahora demandantes se inscribieron en la misma.

B.- Respecto de los actos coetáneos a la firma del contrato de seguro, sólo cabe dar aquí por reproducidas todas las consideraciones expuestas sobre las importantes contradicciones existentes entre las condiciones generales, particulares y especiales de la póliza, contradicciones que quedaron reflejadas en los certificados de garantía individual.

Es también especialmente importante, sobre esta fase contractual, que fue HCC Europe quien indicó a las entidades bancarias los términos en que debían redactar los certificados sobre el carácter especial de las cuentas intervenidas, en un alusión inequívoca al contenido del artículo 1 de la Ley 57/1968.

Y debe reiterarse que no se destacó en modo alguno, ni como cláusula limitativa ni como riesgo excluido la falta de entrega de las viviendas. Se concluye, pues, que la voluntad de las partes apreciada en la fase precontractual se mantuvo en la firma de la póliza.





C. - Y, por último, por lo que se refiere a la fase postcontractual, los actos de la cooperativa evidenciaron que estaba en el convencimiento de haber contratado un seguro de los regulados en la Ley 57/1968, y así lo indica expresamente cuando da instrucciones a Caja Madrid para dar a la cuenta el tratamiento de especial al amparo de esta ley.

Y, respecto de la aseguradora, la póliza se renovó año a año, hasta 2008, con el cualificado conocimiento por parte de HCC Europe sobre el estado de sus cuentas bancarias, sin que en ningún momento se aclarara que la cobertura no alcanzaría a la devolución de las aportaciones en el caso de que las viviendas no llegaran a entregarse. Se considera también acreditado que durante esos cuatro años los cooperativistas tuvieron que ponerse en contacto telefónico con la aseguradora, tal y como se expone en la demanda, que esas peticiones de información no fueron sometidas a ningún protocolo escrito y que debieron ser resueltas en algún sentido desde luego tranquilizador para los asegurados, es decir, no excluyendo la posibilidad de recuperar las aportaciones si las viviendas no eran finalizadas y entregadas en el plazo pactado.

Es más, conociendo el estado de las cuentas de la cooperativa, HCC Europe no facilitó ninguna información sobre los problemas de cobertura de la póliza hasta el día inmediatamente después de la asamblea en la que se acordó la disolución de la sociedad y la tramitación de la declaración del concurso de acreedores, primera ocasión en la que se expresa la opinión de que la póliza no era de la Ley 57/1968, precisamente en la carta en la que se comunica la cancelación de la misma. Llama la atención que si hasta el día anterior, en la versión de la aseguradora, nunca se habían planteado dudas sobre la exclusión de la cobertura de la Ley 57/1968, (porque en la hipótesis que plantea tanto la cooperativa como los cooperativistas tenían pleno conocimiento de que así era) de forma inmediata a la disolución de la cooperativa no sólo se cancelara la póliza, sino que se apresurara a incluir en la carta de cancelación una explicación que, aparentemente, nadie habría pedido, sobre la no aplicación de dicha ley.

UNDÉCIMO.- Las consecuencias jurídicas aplicables.

A la vista de todas las consideraciones expuestas en los fundamentos jurídicos anteriores, no cabe sino llegar a la conclusión de que la póliza contratada entre las partes cubre el riesgo de devolución de las aportaciones realizadas por los cooperativistas demandantes en el caso de que las viviendas no lleguen a entregarse, riesgo que ya ha quedado materializado por la disolución de la cooperativa y que, en estos términos, la póliza discutida debe entenderse incluida en el ámbito imperativo de la Ley 57/1968, si bien contiene cláusulas nulas que deben tenerse por no puestas. Si se estima que no cabe otra solución que la expuesta es porque todas las normas aplicables conducen al mismo resultado, y así:





1.- La póliza controvertida es un contrato de adhesión redactado por la aseguradora, de modo que la oscuridad de sus cláusulas nunca puede beneficiarle, por ser ella quien ha creado la confusión explicada en los fundamentos jurídicos anteriores. Es más, la interpretación del condicionado general rector de un contrato de seguro debe siempre estar informada por los principios *in dubio pro asegurado* y el complementario de *in dubio contra proferentem*, por lo que cualquier duda interpretativa ha de ser decidida en contra del asegurador proferente tanto por las normas generales de interpretación de los contratos (artículo 1288 CC), como por la de seguros (artículo 3 y STS 711/2008). Estos principios son de especial importancia en aquellos casos en los que el clausulado de la póliza admite diversas interpretaciones y no puede concretarse la procedencia de ninguna de ellas, especialmente cuando la ambigüedad en la redacción ha sido causada por la aseguradora (STS 15-6-2009).

La jurisprudencia del TS considera el llamado *canon hermenéutico contra proferentem [contra el proponente]*, como una sanción por falta de claridad para proteger al contratante más débil, en el sentido de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad³. Esta regla se ha aplicado con reiteración a contratos de adhesión como los de seguro y está relacionada con la especial protección que confieren a los consumidores preceptos como el artículo 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y los Usuarios (vigente a la fecha de contratación de la póliza discutida y equivalente al actual artículo 80.2, del Texto Refundido de 2007) en que expresamente se ordena que «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor». Más delante se expondrá con más detalle por qué razón se considera aplicable la normativa protectora de consumidores y usuarios.

El TS también ha declarado, al hilo del debate sobre la diferenciación entre cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos, que al ser el contrato de seguro un contrato de adhesión, el nacimiento para el asegurado del derecho a la prestación y para la aseguradora del recíproco deber de atenderla depende del cumplimiento del deber de transparencia de ésta en la redacción del contenido contractual por ella misma predispuesto, a fin de determinar con toda claridad qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Dado que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado y, en este caso, el tomador, tienen del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con el que se da satisfacción al interés objetivo

³ STS, Civil sección 1 del 09 de Julio del 2012 (ROJ: STS 5766/2012), que cita otras muchas (SSTS 21 de abril de 1998 , 10 de enero de 2006, RC n.º 1838/1999 ; 5 de marzo de 2007, RC n.º 1066/2000 y 20 de julio de 2011, RC n.º 819/2008)



perseguido en el contrato, resulta imprescindible comprobar si el asegurado y el tomador tuvieron un exacto conocimiento del riesgo cubierto. Y, sigue diciendo el TS, como toda la normativa de seguros está enfocada a su protección, han de resolverse a su favor las dudas interpretativas derivadas de una redacción del contrato o de sus cláusulas oscura o confusa, pues la exigencia de transparencia contractual, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada, como es el caso de los de adhesión, a un acto de voluntad por parte del solicitante, impone que el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado aquello que configura el objeto del seguro sobre el que va a prestar su consentimiento, lo que supone, en cuanto al riesgo, tanto posibilitar el conocimiento de las cláusulas delimitadoras del riesgo, como de aquellas que limitan sus derechos, con la precisión de que en este último caso ha de hacerse con la claridad y énfasis exigido por la Ley, que impone que se recabe su aceptación especial. Es evidente que esta obligación de información y de transparencia no ha sido cumplida en este caso por la aseguradora demandada.

La defensa de HCC Europe alega que el seguro contratado por la cooperativa es un seguro de grandes riesgos (artículo 107.2.b] de la LCS) al que no le resulta de aplicación el contenido imperativo de la esa ley (artículo 2). Esta tesis no puede compartirse, porque precisamente el contenido imperativo que lleva aparejado el seguro de caución propio de la Ley 57/1968 es norma especial y de aplicación preferente sobre esta previsión general aplicable a otro tipo de seguros de caución.

Es más, el carácter colectivo del seguro impone a la aseguradora una especial diligencia en los deberes de información y transparencia para con los asegurados. El artículo 106 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados aprobado por Real Decreto 2486/1998 establece que las entidades aseguradoras deben suministrar a los asegurados de los seguros colectivos la información que afecta a sus derechos y obligaciones con anterioridad a la firma del boletín de adhesión o durante la vigencia del contrato, salvo que dicha obligación sea asumida por el tomador del seguro. La jurisprudencia sobre este tipo de seguros sostiene que desde la perspectiva de las reglas sobre interpretación de los contratos, la oscuridad sobre el alcance de las cláusulas contractuales, especialmente si tienen un carácter limitativo de los derechos del asegurado, originada por la aseguradora, que puede haber movido al asegurado a aceptar el seguro en unas condiciones distintas de aquellas cuyo conocimiento cree tener, no puede redundar en beneficio de quien ha causado la oscuridad, de acuerdo con el principio que tiene su reconocimiento en el artículo 1288 CC, según el ya explicado criterio de interpretación de las cláusulas contra proferentem. Sin embargo, la exigencia de transparencia contractual, especialmente en lo que afecta a las cláusulas limitativas, exige que, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada a un acto de voluntad por parte del solicitante, consistente en su adhesión al seguro colectivo, el asegurador cumpla con el deber de poner en conocimiento del asegurado dichas cláusulas limitativas



con la claridad y énfasis exigido por la ley y recabe su aceptación especial, para lo cual constituye instrumento idóneo la solicitud de adhesión que se prevé para este tipo de seguros. La STS de 27 julio de 2006 declara la imposibilidad de oponer al asegurado el contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo incluidas en las cláusulas generales de la póliza, "por cuanto a ellas ha de proyectarse la voluntad contractual, en la medida en que integran el objeto del contrato, y sobre ellas ha de recaer el consentimiento que lo perfecciona, lo que se resume en la necesidad de aceptación de las mismas previo su conocimiento", razonamiento que *mutatis mutandi*, resulta de igual aplicación a las condiciones especiales en la medida en que llegan a anular el riesgo pactado en las condiciones particulares.

Es necesario, por tanto, que cuando la aseguradora interviene expidiendo un documento individual en favor del asegurado haga constar en él con suficiente claridad no sólo la cobertura del seguro, sino también la existencia de cláusulas limitativas, con los requisitos formales exigidos por el artículo 3 LCS .

2.- Resultan de aplicación los artículos 10 y 10 bis de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, en relación con el artículo 5 y concordantes de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, de 13 de abril de 1998, a la que se hará referencia a continuación. La defensa de HCC Europe alega en su contestación a la demanda que los actores, por su propia naturaleza de socios de una sociedad cooperativa de viviendas y auténticos autopromotores de una vivienda futura, no pueden tener la condición de consumidores. Es cierto que tradicionalmente se ha considerado, desde otras aproximaciones jurisprudenciales a la cuestión, que los miembros de las cooperativas quedaban fuera del ámbito de protección forjado para los consumidores y usuarios.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial está ya superada en los casos en que, como éste, lo que se cuestiona es la situación de los cooperativistas en sus relaciones con terceros con los que no tienen vínculo comercial directo y que han entablado unas relaciones contractuales con la cooperativa respecto de las que éstos acaban teniendo la posición de consumidores. Varias resoluciones de la Audiencia de Madrid han reconocido recientemente la condición de consumidores de los cooperativistas de vivienda en la relación con las aseguradoras con las que las cooperativas han suscrito seguros colectivos⁴, porque es indudable que son *consumidores de un seguro* que ellos no han contratado. Desde luego, la definición que el artículo 1.2 de Ley ("2. A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles (...) cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden") y las referencias que en su articulado se contienen

⁴ Vid. AAP Madrid, Sección 18, de 3 de febrero de 2011; AAP Madrid, sección 19, de 23 de Enero del 2012 y AAP, Civil sección 10, de 11 de Julio del 2012.





a la vivienda (artículos 5, 10, 13.2 y Disposición Adicional 1ª) llevan a considerar que el adquirente de una vivienda es un consumidor final de un bien de primera necesidad por el que debe realizar un importante desembolso económico. Desde la concreta perspectiva de la relación entre los cooperativistas y las aseguradoras con las que las cooperativas firman pólizas como tomadoras, la LOE supuso un importante cambio, porque su Disposición Adicional 1ª incluyó en la obligatoriedad de las garantías que regula a las cooperativas, de modo que en las relaciones con los terceros, las aseguradoras o con las entidades bancarias con las que se contratan esas garantías (ya en su modalidad de aseguramiento con cuenta especial, ya en la alternativa del aval bancario) los cooperativistas no tienen una situación distinta de los adquirentes de viviendas por cualquier otro medio distinto a las cooperativas de viviendas ni existe ninguna justificación para recortar el ámbito de efectividad de sus derechos.

La propia LOE, en su artículo 17.4., regula la responsabilidad civil de los promotores y establece que *“sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas”*.

En el mismo sentido, algunas normas autonómicas han recogido ya expresamente el carácter de consumidor que puede tener el cooperativista. Así, el artículo 111.2. de la Ley 22/2010, por la que se aprueba el Código de Consumo de Catalunya, incluye en la definición de las *personas consumidoras y usuarias* a los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa.

Resulta, en fin, de aplicación el artículo 10 bis, que considera cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Este precepto es de aplicación a las cláusulas de las condiciones especiales que, por los argumentos expuestos, son contrarias a la buena fe y restringen de un modo desproporcionado, valiéndose de la confusión conceptual creada por la propia aseguradora, la cobertura pactada en las condiciones generales y particulares.

La condición de abusividad afecta, en primer lugar, a las condiciones especiales II y IV, en cuanto restringen de modo injustificado el riesgo asegurado, en su definición y en la exclusión de las *contingencias empresariales*. También afecta a la condición especial V, por establecer como obligación futura del asegurador la obligación presente que debía asumir por el contenido imperativo de



la regulación del seguro que la cooperativa pretendía contratar (lo que sucede igualmente en la condición XI) y por incluir como causa de cancelación de las garantías emitidas el fracaso del proyecto, que es precisamente el riesgo esencial descrito, como revés del buen fin del mismo, en las condiciones generales y particulares. Es igualmente abusivo el contenido de los párrafos 2 y 3 de los certificados individuales de garantía, en cuanto restringen la cobertura pactada, es decir, el buen fin de las aportaciones de los cooperativistas también para el caso de que las viviendas no les fueran entregadas.

El efecto anudado a esta consideración de abusividad es el establecido en el apartado segundo: las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, *el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario*. Pues bien, la consecuencia de la aplicación del efecto de la nulidad es igual a la obtenida de la aplicación del principio contra proferentem: la póliza de seguro debe entenderse con una cobertura igual a la prevista en la Ley 57/1968, teniendo por no puestas las cláusulas nulas. A la misma conclusión de nulidad de estas cláusulas podría llegarse por la aplicación del artículo 6.3. del Código Civil, en cuanto vulneran el contenido imperativo de la Ley 57/1968.

3.- La aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación implica, en este caso, la prevalencia de las condiciones particulares y generales sobre las especiales. El artículo 6 establece que cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares, que es lo que sucede en este caso. Debe tenerse en cuenta, además, que dentro del contrato de seguro el lugar natural para la definición del riesgo asegurado son las condiciones generales (artículo 8 LCS). Y, por otra parte, la contradicción entre las condiciones generales y particulares, por un lado, y las especiales, por otras, no supone un mero desajuste de limitadas proporciones, sino que es de tal magnitud que, de hecho, las condiciones especiales derogan a las generales y las particulares.

4.- La aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las relaciones entre los asegurados y las aseguradoras que emiten pólizas de seguros colectivos, en particular los de la Ley 57/1968, llevaría al mismo resultado. Esta jurisprudencia parte de un hecho básico: cuando se aplica la Ley de 27 de julio de 1.968, coexisten dos negocios jurídicos, el originario (compraventa de la vivienda o,



en este caso, adquisición de la misma a través de la inscripción en la cooperativa) y el derivado (formalización del seguro de caución), cuya concatenación tiene como única finalidad la defensa del comprador *en el aspecto de ser reintegrado de sus anticipos del pago del precio para el caso de que la vivienda no se construya o no se pueda ocupar* (STS de 8 de marzo de 2001). En la sentencia de 30 de diciembre de 1998, la sentencia recurrida en casación había realizado, como sucede en este caso, aunque por otro motivo, una interpretación de las cláusulas de la póliza, llegando a la conclusión de que, dada su ambigüedad, debía interpretarse, en beneficio del asegurado, que la cobertura del seguro amparaba la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta por los demandantes asegurados a la tomadora del seguro; El TS sostiene que no puede hacerse recaer sobre quienes han realizado las aportaciones a cuenta las consecuencias de la falta de armonía o desajuste con la Ley 57/1968 del seguro concertado con la promotora, dado que *aquéllos se limitaron a cumplir con sus obligaciones contractuales, no interviniendo en la (...) concertación del seguro litigioso*. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 de julio de 2004.

DUODÉCIMO.- Otras cuestiones alegadas por HCC Europe

La aseguradora demandada ha alegado, además de los ya analizados, otros argumentos que, por su contenido, no han tenido encaje en la secuencia lógica expuesta hasta ahora y que tendrán respuesta en este fundamento jurídico.

Una de las cuestiones que no ha sido analizada es el efecto que puede tener el hallarnos ante un contrato de inscripción en una cooperativa y su diferencia con un contrato de compraventa o adjudicación. Ya se ha explicado el efecto que la aprobación de la LOE produjo sobre la ampliación del ámbito objetivo del deber de aseguramiento a todo tipo de viviendas, incluidas las promovidas en régimen de cooperativa, por lo que ninguna incidencia tiene el hecho de que las cantidades entregadas a cuenta lo hayan sido por contrato de compraventa o por contrato de inscripción en una cooperativa de viviendas. La Audiencia de Madrid ya ha resuelto⁵ que aunque el contrato de adhesión de un socio a una cooperativa no es un contrato de compraventa, lo que pretende quien ha realizado las aportaciones a cuenta es la adjudicación de un inmueble y que la ley no exige que el contrato al que se refiere la vivienda y sobre el que se entregan cantidades a cuenta sea precisamente una compraventa (habla de contratos de cesión o adquisición de viviendas), porque lo importante es que tenga como objeto final la adjudicación y entrega de una vivienda concreta y determinada.

Se ha alegado también la normativa sectorial sobre cooperativas de viviendas y viviendas de protección oficial, pero las normas citadas no tienen la incidencia que se pretende. El Real Decreto 2028/1995 , de 22 de diciembre, por el

⁵ AAP Madrid, sección 18, de 3 de Febrero del 2011.



que se establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de Viviendas de Protección Oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los Planes Estatales de Vivienda, establece en su artículo 1.d) que "(...) 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 (...)". Esta norma regula de forma específica las condiciones de acceso a un determinado tipo de financiación y es de rango inferior a la Ley 57/1968, a la que no puede derogar. Por otro lado, si la percepción de cantidades anticipadas se limita al momento posterior a la calificación provisional, la previsión es enteramente lógica, porque una norma destinada a regular la financiación de viviendas de protección oficial no puede tener otro ámbito de aplicación que las viviendas que ya hayan obtenido esa calificación, al menos con carácter provisional, sin que ello afecte a la plena vigencia de la Ley 57/1968. Obsérvese, además, que el citado Decreto es anterior a la LOE.

La misma valoración debe hacerse del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid o del derogado Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid. Nos hallamos ante normas de rango inferior a la Ley 57/1968 que establecen los requisitos que la Comunidad de Madrid impone para solicitar la calificación provisional. Si no se requiere expresamente el aval o seguro de caución de la Ley 57/1968, ello no quiere decir que el contenido normativo de la ley haya quedado sin efecto, sino, en todo caso, que administrativamente no se exige la documentación de estas garantías para solicitar la calificación provisional.

Por último, una mención sobre el informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 7 de enero de 2009 y el dictamen aportado con la demanda. El análisis jurídico que contienen ambos documentos puede ser o no compartido, pero lo cierto es que se basan única y exclusivamente en la literalidad de la póliza, que a juicio de este tribunal es lo suficientemente confusa para, en primer lugar, interpretar las cláusulas oscuras de forma que no favorezcan a quien ha originado esa oscuridad y, en segundo lugar, para obligar a acudir al resto de criterios interpretativos y normativos expuestos en esta resolución, que no son tenidos en cuenta por los dos documentos citados.

DECIMOTERCERO.- Conclusiones

En coherencia con todo lo expuesto, la demanda será estimada en cuanto a la acción principal ejercitada, de modo que es innecesario entrar en el estudio de la acción subsidiaria.



DECIMOCUARTO.- Intereses

En materia de intereses, resulta de aplicación la condición general 7 de la póliza que, en línea con lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, prevé para el caso de mora en el abono de la indemnización el interés legal incrementado en un 50% y, transcurridos dos años desde la fecha del siniestro, el interés del 20%. El plazo previsto para el pago de la indemnización es el de cinco días contados desde la reclamación, plazo que está establecido en la condición especial IX. A estos efectos, se entiende producido el siniestro (condición general 6) cuando la aseguradora sea requerida por el asegurado a causa del incumplimiento por el tomador de las obligaciones garantizadas, incumplimiento que deberá ser debidamente justificado y acreditado en la reclamación.

Para determinar la fecha del siniestro no puede estarse a la supuesta comunicación verbal que en la demanda se dice realizada el 17 de junio de 2009, por más que en esa fecha la aseguradora tuviera plena constancia del fracaso del proyecto promotor cuyo buen fin garantizaba, porque no existe ninguna prueba de que esa comunicación verbal realmente se produjera ni de que pudiera entenderse como equivalente al requerimiento para el pago del capital asegurado. La fecha a tener en cuenta es la del requerimiento notarial practicado el 17 de junio de 2010 (documento 47 de la demanda), de modo que el interés señalado deberá abonarse desde el 23 de junio de 2010 hasta el 23 de junio de 2012 al tipo legal incrementado en un 50% y a partir de esa fecha al tipo del 20% hasta su completo pago.

DECIMOQUINTO.- Costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas serán impuestas a HCC Europe, como parte cuyas pretensiones han sido completamente desestimadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso, en nombre de S.M. el Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Estimo la demanda presentada por **D^a MARTÍNEZ** y por el resto de los demandantes identificados en el encabezamiento de esta sentencia y en consecuencia;

1.- Declaro que la "Póliza de Seguro de Garantía de Cumplimiento de Obligaciones Legales y Contractuales" nº 280-29900935 suscrita entre HCC Europe y El Balcón



de O'Donnell, SCMV daba la cobertura prevista en la Ley 57/1968, concretamente, la relativa al buen fin de las aportaciones realizadas por los cooperativistas para el caso de que las viviendas no llegaran a entregarse.

2.- Condeno a HCC Europe a abonar a los demandantes las cantidades que se detallan en la siguiente tabla:

EUROS
39.079,15
48.692,44
44.013,81
48.692,44
48.692,44
48.909,63
48.782,59
46.560,42
40.807,50
48.782,66
45.091,55
53.266,37
40.549,64
53.562,87
48.782,36
48.692,44
48.872,51
48.692,44
48.783,36
42.689,23
39.587,02
38.526,21
48.787,17
44.175,30
58.498,32
48.782,55
48.782,55
59.038,67
58.498,36
44.104,04
52.475,81
43.042,93
48.692,21
52.071,42
58.588,47
57.598,00
43.396,56



Administración
de Justicia

DEMANDANTE/S

EUROS

48.692,44
48.010,88
53.562,87
60.568,51
53.743,45
39.079,15
53.562,87
35.893,39
45.612,22
48.010,66
47.289,11
42.332,63
48.692,44
48.692,44
58.498,32
58.498,32
48.692,44
48.782,36
44.175,30
44.013,81
48.692,44
44.013,81
41.378,71
48.692,44
58.498,32
38.526,21
44.013,81
53.743,43
51.977,41
52.817,01
53.266,37
53.743,43
53.562,87
48.692,44
39.079,15
48.692,44
45.617,07
48.010,88
48.010,88
42.729,64
44.013,81
53.562,87
44.013,81
58.498



Madrid



DEMANDANTE/S	EUROS
	41.860,05
	46.538,85
	48.692,44
	54.844,73
	53.562,87
	53.562,87
	44.013,81
	39.079,15
	48.692,44
	48.010,88
	48.782,36
	44.013,81
	53.562,87
	58.498,32
	53.562,87
	53.562,87
	53.562,87
	53.562,87
	46.693,03
	58.498,32
	39.079,15
	45.742,70
	56.789,89
	58.590,53
	53.653,31
	44.367,51
	44.013,81
	44.013,81
	44.103,96
	47.239,18
	48.692,44
	32.748,58
	48.782,59
	39.079,15
	53.562,87
	53.653,02
	46.536,30
	53.325,43
	53.270,80
	48.008,60
	44.175,30
	43.015,01
	43.403,61
	41.860,40
	51.163,78
	48.874,04





DEMANDANTE/S	EUROS
	38.744,95
	53.653,31

3.- Las cantidades anteriores devengarán el interés establecido en el fundamento jurídico decimocuarto de esta resolución.

4.- Absuelvo a las codemandadas **BANKIA S.A. Y BANCO CAM** de las pretensiones deducidas contra ellas.

5.- Condeno a HCC Europe al pago de las costas procesales

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se formulará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación. Para la presentación de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado, con los datos relativos al recurso y a la cuenta expediente, por importe de 50 euros, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la presentación del recurso, al igual que, en su caso, la autoliquidación de la tasa.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

E/.

PUBLICACIÓN.- Extendida y firmada esta sentencia por la Magistrada-Juez que la ha dictado, se notifica y archiva en la oficina judicial, dándole publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.

