

CES
COOPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL
Núm. 37 (2014-2015), páxs. 33-62
ISSN: 1130-2682

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS
APORTACIONES A CUENTA EFECTUADAS POR
EL COOPERATIVISTA DE VIVIENDA

*MECHANISMS OF PROTECTION OF CONTRIBUTIONS MADE
TO ACCOUNT BY A MEMBER OF A HOUSING COOPERATIVE*

MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO¹

Recepción: 12/07/2015 - Aceptación: 18/09/2015

¹ Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid. Dirección de correo electrónico: mariajose.morillas@uc3m.es

RESUMEN

Este artículo pretende contextualizar y analizar la protección que se confiere a las aportaciones a cuenta realizadas por los socios de cooperativas de viviendas. Éstas son el segundo tipo de cooperativas más numeroso después de las de trabajo asociado y se han visto gravemente perjudicadas por la crisis económica en este sector, debiendo incluso acudir al concurso de acreedores. Después de analizar el concepto y naturaleza jurídica, este artículo profundiza en la efectividad de dichos mecanismos de protección.

ABSTRACT

This article aims to contextualize and analyze the protection given to the contributions made to account by members of housing cooperatives. These are the second largest type of cooperatives after those of associated work and have been severely affected by the economic crisis in this sector, and should even go to bankruptcy. After analyzing the concept and legal nature, this article explores the effectiveness of such protection mechanisms.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS APORTACIONES DEL COOPERATIVISTA A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA. 2.1. Concepto, regulación e importancia de las aportaciones a cuenta. 2.2. Naturaleza jurídica. 3. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS APORTACIONES A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA. 3.1. De la desprotección inicial, a la aplicación del régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta de la adquisición de viviendas. 3.2. La efectividad de estos mecanismos. 3.3. Los mecanismos de protección en sede concursal. 3.3.1. Las medidas de garantía en caso de concurso de la cooperativa. 3.3.2. Las medidas de garantía en el concurso del socio. 4.- BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.

CONTENTS: 1. INTRODUCTION. 2. CONTRIBUTIONS MADE BY THE COOPERATIVE MEMBER TOWARDS THE COOPERATIVE HOUSING CONSTRUCTION. 2.1. Concept, regulation and importance of contributions to account. 2.2. Legal nature. 3. MECHANISMS OF PROTECTION OF CONTRIBUTIONS TOWARDS THE CONSTRUCTION OF THE HOUSE. 3.1. From the initial lack of protection to the application of the system of guarantees for the amounts of money paid on account of homeownership. 3.2. The effectiveness of these mechanisms. 3.3. Protection mechanisms due to insolvency. 3.3.1. Assurance measures in the event of insolvency of the cooperative. 3.3.2. Guarantee measures in the case of bankruptcy of the partner. 4. BIBLIOGRAPHY AND CASE LAW REFERENCES.

I. INTRODUCCIÓN

Las cooperativas de viviendas tienen una gran importancia, desde diferentes puntos de vista, uno de los más destacables, el social, como vía para el acceso a la vivienda, derecho fundamental de todo ciudadano (art. 47 CE)². Como las restantes clases de cooperativas, las de vivienda se caracterizan por la necesidad que satisfacen: si, en principio, atendiendo a la propia denominación de esta modalidad, era la falta de vivienda del socio, paulatinamente se ha ido flexibilizando el objeto para admitir, además de la construcción de viviendas, la de otros elementos diferentes (trasteros, garajes, locales, despachos, etc.), así como la dotación de servicios y la rehabilitación, mejora, conservación y administración de todos los inmuebles e instalaciones anteriores.

Por detrás de las de trabajo asociado, las de viviendas son la clase de cooperativa más numerosa. Según el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en 2014 se constituyeron 119 cooperativas de viviendas, de un total de 1.293, lo que representa un notable incremento respecto de los datos del año 2013, en el que se

² F. HIPÓLITO LANCHA, “El derecho constitucional a una vivienda digna, el antes y el después. Beneficios y limitaciones de viviendas de protección oficial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 47-71.

constituyeron 59 cooperativas de viviendas, de un total de 1.166 sociedades cooperativas. En cuanto al número de socios, ascendieron a 809 en 2014, de un total de 6.232; nuevamente, una cifra superior a la de 2013, en que se registraron 318 socios iniciales, sobre un total de 7.451. Los datos estadísticos totales que proporciona CONCOVI (la Confederación de Cooperativas de viviendas de España), a 31 de diciembre de 2013, son los siguientes: viviendas cooperativas (protegidas y libres) construidas, 1.487.458; en construcción, 26.300; en proyecto, 12.000; sociedades cooperativas constituidas, 14.434; cooperativas registradas y no disueltas, 8.094 y, con actividad en la actualidad, 4.308; socios familias cooperativas 1.532.524.

Tras el estallido de la “burbuja inmobiliaria”, se señala que las cooperativas de viviendas han salido reforzadas. Frente a las dificultades de los promotores inmobiliarios para acceder al crédito necesario para la adquisición de los terrenos sobre los que edificar o de los inmuebles que rehabilitar, las cooperativas, gracias a la mutualidad que las caracteriza y a la bajada de precios³, consiguen reunir los fondos necesarios para acometer esta inversión inicial, de forma que, entre los años 2009 y 2013, bajó la promoción un 76% y subió la del régimen cooperativo un 3%.

Pero las cooperativas de viviendas tampoco han sido inmunes a la crisis. Ante el cambio de ciclo, los cooperativistas han visto cómo se depreciaba el valor de unas viviendas para cuya construcción tenían que seguir realizando aportaciones, además de asumir una deuda hipotecaria, préstamo hipotecario que, en ocasiones, ante el cambio de situación económica o laboral del cooperativista, la entidad de crédito les deniega. Las mismas cooperativas han sufrido el recorte de las ayudas y subvenciones y del crédito e, incapaces, además, de vender a terceros las viviendas o locales excedentes⁴ (con cuyo precio se habría mantenido o disminuido el coste de la construcción de las viviendas y locales de los cooperativistas, como sucede en la práctica y de forma expresa establecen algunas Leyes de cooperativas⁵), debido a la avalancha de solicitudes de baja, se han visto incapaces de

³ M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, “Acceder una vivienda en tiempos de crisis”, www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/23/2009/23-2009-1.pdf, p. 15.

⁴ La imposibilidad puede ser fáctica, pero también jurídica, por los límites a las operaciones con terceros que imponen las leyes a las cooperativas de vivienda. Para aliviar esta situación, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, establece en su Disposición Transitoria 2ª: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, las cooperativas de viviendas podrán enajenar o arrendar a terceros no socios, las viviendas de su propiedad iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. En este supuesto, la enajenación o arrendamiento de las viviendas y sus condiciones generales deberán haber sido acordadas previamente por la Asamblea General. Adicionalmente, estas operaciones con terceros no socios podrán alcanzar como límite máximo el 50 por ciento de las realizadas con los socios. La Asamblea General acordará también el destino del importe obtenido por la enajenación o arrendamiento”.

⁵ A. AZPIAZU MONTEYS, *Guía jurídica de la Cooperativa de viviendas*, Ed. Fausí, Barcelona, 1987, p. 90. El art. 91.6, párrafo 1º, RLSCA establece: “Los ingresos obtenidos de operaciones con terceras

llevar a cabo la construcción, y, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de las obligaciones contraídas con la constructora o la gestora, han sido declaradas en concurso.

En esta tesitura, resulta de particular interés el análisis de las medidas de protección de las aportaciones realizadas por el cooperativista a cuenta de la construcción de la vivienda, tanto para la sociedad como para el socio, y sus efectos, en especial, en situación de insolvencia.

2 LAS APORTACIONES DEL COOPERATIVISTA A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA

2.1. Concepto, regulación e importancia de las aportaciones a cuenta

Las aportaciones a cuenta de la construcción de la vivienda efectuadas por el socio no vienen definidas ni contempladas de forma específica en los preceptos reguladores del régimen económico de las sociedades cooperativas; es más, en las primeras Leyes de cooperativas no encontramos ninguna alusión expresa a las mismas. Pese a este silencio, estaban implícitamente contempladas en ellas desde bien pronto, puesto que regulaban los pagos efectuados por los socios para la obtención de los servicios cooperativizados y la obligación del socio de participar en la actividad cooperativizada. Y justamente en esta categoría son encuadrables: significan el cumplimiento por el socio de la obligación de participar en la actividad cooperativizada, trasunto de su derecho a hacerlo, y son el pago anticipado de los servicios que la cooperativa presta al socio⁶, concretamente, todos los necesarios para proporcionarle la vivienda o local cuya construcción cooperativizada promueve la sociedad de la que forma parte. En las Leyes de cooperativas vigentes, se mantiene esta doble referencia: una, genérica, a las aportaciones o a los pagos para la obtención de los servicios cooperativizados y otra, específica, a las cantidades entregadas para financiar el pago de las viviendas.

De acuerdo con lo dispuesto en las Leyes (actuales y anteriores), estas entregas y pagos están sujetos a las condiciones acordadas (art. 45.8 LFCN), a las condi-

personas se destinarán, en un diez por ciento, al Fondo de Reserva Obligatorio y el resto a disminuir el precio de las viviendas o locales o a sufragar gastos comunes de mantenimiento, conservación o mejora de éstas". El art. 115.6 LCIB establece que de los importes conseguidos por la enajenación a terceros "se destinará un uno por ciento a dotar el fondo de educación y promoción, y el resto se aplicará a reducir el coste de la vivienda". La mayor parte de las leyes dan libertad a la Asamblea General (en el caso del art. 114.2 LCPV, a la Asamblea General o a la Junta de socios de cada promoción) para decidir el destino del importe obtenido por enajenación o arrendamiento a terceros.

⁶ Así, señala A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de Viviendas en España*, Dirección General de Empleo, Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1991, p. 103, que las aportaciones a cuenta "constituyen pagos para la obtención de servicios cooperativizados, que pueden considerarse como un anticipo de los socios".

ciones fijadas y/o contratadas con o por la sociedad cooperativa (art. 52.3 LC; art. 77.2 LCIB; art. 67.2 LCCAN; art. 69.3 LCCyL; art. 61.3 LCCAT; art. 58.2 LSCEX; art. 65.3 LCG; art. 72.3 LCRM; art. 65.3 LCPV; art. 69.2 LCLR), pactadas con la sociedad cooperativa (art. 62.2 LSCA) o establecidas por ésta (art. 55.2 LCAR), fijadas en los Estatutos sociales, en el Reglamento de Régimen Interno o, en su caso, en los acuerdos sociales de la Asamblea General o, en su defecto, sometidas a las estipulaciones singularmente pactadas por la cooperativa con cada socio (arts. 29.3 y 93.2 LCPA)⁷. Esto es, aunque al socio le serán de aplicación las normas sobre baja, expulsión, retornos, liquidación, imputación de pérdidas, etc.⁸, las Leyes establecen que estas aportaciones están sujetas a las condiciones contratadas con la cooperativa.

La obligación de realizar aportaciones a cuenta se incardina inicialmente en los Estatutos, ya que éstos han de detallar la cuantía mínima obligatoria de la participación de los socios en la actividad cooperativizada⁹ y, en su caso, en el Reglamento de Régimen Interior que, en su desarrollo, es competente para aprobar la Asamblea General o la de la Sección¹⁰.

Además, tiene su encaje en la obligación de los socios de participar en la actividad, tal y como establecen las Leyes¹¹; y en la de cumplir con las obligaciones económicas que les correspondan¹². Estas obligaciones económicas consisten en

⁷ F. J. MARTÍNEZ SEGOVIA, “La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídicos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2005-2, pp. 226 y 231, considera que si se utiliza la conjunción “o”, la ley está ofreciendo dos vías alternativas de regulación, la societaria y la contractual, mientras que, en los casos en los que se emplea la copulativa “y”, hay un pronunciamiento claro por la existencia de un negocio jurídico “ad hoc” entre la cooperativa y el socio, constitutivo de la relación mutualista y diferenciado del negocio societario.

⁸ Así lo destaca A. LAMBEA RUEDA, *Cooperativas de viviendas*, 3ª ed., Comares, Granada, 2012, pp. 295 y 296. Nos ocupamos de estos aspectos societarios con más detenimiento en: M. J. MORILLAS JARILLO, “Las aportaciones del cooperativista a cuenta de la construcción de la vivienda”, en J. GARBAYO BLANCH (Dir.), *Afección del derecho concursal en el sector inmobiliario*, Aranzadi (en prensa).

⁹ Art. 11, f) LSCA; art. 9, i) LCAR; arts. 28, c) y 29.2 LCAS; art. 21.2, c) LCIB art. 11.1, i) LCCAT; art. 15.1, f) LCCANT; art. 13, h) LCCyL; art. 14.1, h) LCCLM; art. 14.1, g) LSCEX; art. 14.1.8 LCG; art. 11, f) LCCMadrid; art. 13.1, g) LCPV; art. 12.1, h) LCLR; art. 10.2, h) LCCV.

¹⁰ Art. 28, b) LSCA; art. 39.2, f) LCIB; art. 11.2 LCCAT; art. 15.2 LCCANT; art. 31.2, f) LCCyL; art. 30.2, i) LSCEX; art. 14.2 LCG; art. 29.3, j) LCCMadrid; art. 37.2, c) LCRM; art. 33.1, c) LFCN; art. 31.3, j) LCPV; art. 12.2 LCLR; art. 10.2, *in fine*, LCCV. La Asamblea General o la Asamblea de sección, según el art. 14.3 LCCLM.

¹¹ Art. 20, b) LSCA; art. 20, d) LCAR; art. 28, c) LCAS; art. 21.2, c) LCIB; art. 26.1, a) LCCAT; art. 20.2, b) LCCANT; art. 23.2, b) LCCyL; art. 33, c) LCCLM; art. 22.2, c) LSCEX; art. 24, c) LCG; art. 23.1, b) LCCMadrid; art. 28.2, b) LCRM; art. 27, a) LFCN; art. 22, c) LCPV; art. 26, c) LCLR; art. 27, d) LCCV.

¹² Art. 20, c) LSCA; art. 20, a) LCAR; art. 21.2, f) LCIB; art. 26.1, b) LCCAT; art. 20.2, b) LCCANT; art. 23.2, e) LCCyL; art. 28.2, e) LCRM; art. 27, a) LCCV] o las que resulten de las leyes y los estatutos

el pago de las cuotas de ingreso y periódicas, las aportaciones obligatorias al capital social y, en el caso de las cooperativas de viviendas, de las cantidades necesarias para la construcción de su vivienda.

El documento en el que se plasma el compromiso entre la cooperativa y el socio relativo a la actividad cooperativizada, en este caso la construcción y futura adjudicación de la vivienda, recibe denominaciones diversas: contrato de preadjudicación o de adjudicación de vivienda, contrato de participación o contrato de adhesión¹³. Será suscrito por el socio, ya sea el fundador, ya el que se incorpore a la cooperativa una vez constituida ésta, tras su admisión como tal.

La STS (Sala de lo Civil) de 27 enero 1986 (RJ 1986, 334) señala que, como establece la legislación (en esta Sentencia, el art. 38 del Reglamento de Cooperativas de 1978), estas entregas y pagos están sujetos a las condiciones fijadas o contratadas con la Sociedad: “Estas condiciones, tanto pueden fijarse individualmente con cada cooperativista como a través de unas Condiciones Generales, aceptadas por los socios al ingresar en la Cooperativa, naciendo de ese vínculo así creado los derechos y deberes recíprocos. En el caso presente, los Estatutos de la Cooperativa demandada previenen expresamente ese régimen peculiar dentro de su Régimen Económico (...) y en esas previsiones estatutarias deben identificarse aquellos que constituyen la versión aquí aplicable de las condiciones fijadas o contratadas a que alude el artículo treinta y ocho reglamentario”.

El carácter obligatorio de las aportaciones deriva del consentimiento prestado a los Estatutos en el momento de la constitución de la sociedad o en el de la posterior incorporación del socio a la cooperativa de viviendas ya constituida. En el caso del Reglamento de Régimen Interior, su fuerza de obligar deriva del propio deber de los socios de cumplir las obligaciones que éste impone, algo que sólo algunas Leyes de cooperativas establecen de manera expresa¹⁴. En todo caso, puesto que el Reglamento de Régimen Interior se aprueba por acuerdo de la Asamblea General, su fuerza de obligar deriva de éste, ya que las Leyes de cooperativas imponen a los socios el deber de cumplir los acuerdos validamente adoptados por la Asamblea General¹⁵.

[art. 28, i) LCAS; art. 33, i) LCCLM; art. 22.1 LSCEX; art. 23.1, g) LCCMadrid; art. 22, h) LCPV; art. 26, b) e i) LCLR.

¹³ A. R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, *REVESCO*, n.º 67, 1999, p. 91, señala que este contrato resulta de tanta importancia práctica como los Estatutos y los propios acuerdos asamblearios.

¹⁴ Art. 20, a) LSCA y art. 27 LCCV.

¹⁵ Art. 20, a) LSCA; art. 20 LCAR; art. 28, b) LCAS; art. 21.2, b) LCIB; art. 26.1, e) LCCAT; art. 20.2, a) LCCANT; art. 23.2, a) LCCyL; art. 33, b) LCCLM; art. 22.2, b) LSCEX; art. 24, b) LCG; art. 23.1, g) LCCMadrid; art. 28.2, a) LCRM; art. 27, b) LFCN; art. 22, h) LCPV; art. 26, b) LCLR; art. 27, c) LCCV.

Normalmente, los Estatutos contienen una simple referencia general a este tipo de obligación y es el Reglamento de Régimen Interior el que la detalla algo más. En el plan de actuación, plan económico o plan financiero provisional de la cooperativa de viviendas se contempla la inicial previsión del coste de la construcción en su conjunto y de cada uno de los elementos integrados en ella¹⁶. Plan financiero que, en caso de que la cooperativa tenga una gestora, formará parte del plan de actuación que ésta presentará a los administradores de la cooperativa de viviendas, tal como establece el punto 4 de las Normas de Buenas Prácticas Empresariales de las Empresas Gestoras Asociadas a GESCOPI, aprobadas en 2005¹⁷. Este mismo Código establece la necesidad de que los Estatutos de la cooperativa diferencien claramente las aportaciones al capital de las aportaciones para el pago de las viviendas y señala que estas últimas deberán estar claramente delimitadas por acuerdos del Consejo Rector ratificados en la Asamblea General y adoptados con carácter previo al desembolso, habrán de estar justificadas con base en el presupuesto de la promoción, formando parte del Plan de Actuación, que se actualizará periódicamente por la Asamblea y que recoge las principales variables de la promoción.

Una vez que se haya acometido la parte fundamental de las obras (adquisición de terrenos, urbanización, etc.), en el plan de actuación definitivo (aunque esta denominación puede resultar equívoca, pues hasta la finalización de las obras las previsiones pueden variar) se efectuarán posibles correcciones de los cálculos iniciales.

En el contrato de adjudicación se recoge también el detalle y desglose de las previsiones (iniciales o definitivas, dependiendo de en qué momento se incorpore el socio) de las aportaciones a cuenta, con sus importes y el calendario de ingresos, que tendrán en cuenta las diferencias en función de los tipos de viviendas o locales que sean objeto de la promoción cooperativa. Ahora bien, el art. 158.2 LCPA y el art. 141.2 LCCLM imponen, en las cooperativas de viviendas, la existencia de un documento específico, las «normas de la promoción», cuyo contenido mínimo, del que forma parte dicho calendario, establecen en idénticos términos.

La autonomía de la voluntad de las partes para la determinación de estas aportaciones a cuenta no es en todos los casos omnímoda. Alguna Ley de cooperativas

¹⁶ Para A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., p. 263, el carácter de aportaciones obligatorias “no viene dado por ningún precepto estatutario, sino por la aceptación expresa y formalizada documentalmente del plan económico de aportaciones”. Destacan la importancia de esta planificación A. AZPIAZU MONTEYS, *Guía Jurídica de la cooperativa de viviendas*, op. cit., p. 87 y I. G. FAJARDO GARCÍA, “Consecuencias jurídicas de la variación del precio final de la vivienda cooperativa”, CIRIEC, n.º 3, mayo, 1992, p. 278. Sobre las pautas para determinar el valor de la vivienda, R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 100-103.

¹⁷ Vid. su texto en: <http://es.slideshare.net/viviendacooperativa/normas-de-buenas-prcticas-de-gecopi-definitivo>. Sobre este documento, A. LAMBEA RUEDA, “Código de conducta en el sector de cooperativas de viviendas. Normas de buenas prácticas empresariales de las empresas gestoras de cooperativas (GECOPI)”, *REVESCO*, n.º 108, 2012, pp. 59-85.

impone límites al importe de la financiación otorgada por el socio: el art. 85.6 LCAR establece que, antes de la compra del suelo sobre el que haya de construirse vivienda protegida, no podrá exigirse ni realizarse, por ningún concepto, aportaciones que superen el tres por ciento del precio máximo de la vivienda protegida de que se trate y, para adquirir el suelo, la aportación máxima de los socios no podrá superar la cantidad resultante de calcular el límite máximo de repercusión de suelo y urbanización en función de las características de la promoción conforme a la normativa vigente de vivienda protegida¹⁸. Además, hay que tener en cuenta que el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, que establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas al amparo de los planes estatales de vivienda, dispone en su art. 2, c) que, en ningún caso, el conjunto de los pagos que efectúe el cooperativista, imputables al coste de la vivienda por ser necesarios para llevar a cabo la promoción y la individualización física y jurídica de ésta, incluyendo los honorarios de gestión, podrá ser superior al precio máximo de venta o adjudicación de la vivienda, fijado de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia.

Las contempladas en cualquiera de estos documentos serán normalmente meras previsiones o aproximaciones, que no cabe considerar cantidades fijas e inamovibles, pues pueden serlo al alza y a la baja. Algo que queda normalmente reflejado de forma expresa en el Reglamento de Régimen Interior y/o en el contrato de adjudicación¹⁹.

Estas aportaciones representan una de las peculiaridades más significativas de esta clase de cooperativa y su importancia queda puesta de manifiesto en que se

¹⁸ Para L. DE CODES DÍAZ-QUETCUTI, “EXPOSICION JORNADAS FORO HUESCA NOVIEMBRE 2010”, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005341_Sesi%F3n%20IV.pdf, p. 246, el precepto es excesivamente restrictivo y puede estrangular el propio comienzo de la actividad cooperativizada; en la p. 248, manifiesta que el límite debe jugar sólo para aquellas aportaciones a la masa de gestión económica, es decir las realizadas con mención expresa de tal destino, por lo que las aportaciones que se realicen para engrosar capital, podrán llevarse a efecto sin la indicada limitación de cuantía.

¹⁹ En uno de los contratos a los que hemos tenido acceso, en estos términos: “Si la cantidad obtenida por hipoteca, o la resultante como coste final de las unidades no fuera exactamente la prevista, tan pronto como sea conocida ésta con exactitud, se procederá a un reajuste de cuentas entre EL SOCIO y LA COOPERATIVA, mediante devolución de los últimos efectos aceptados, si la cantidad fuera superior, o abono de la diferencia, si fuera inferior”. P. QUIRALTE, “Reclamación por la cooperativa al socio de las aportaciones para el pago de la vivienda (I)”, *La Sociedad Cooperativa, Publicación Quincenal, CISS*, n.º 23, 1997, p. 2, recomienda a los profesionales encargados de redactar los contratos de adhesión o ingreso en la cooperativa “que incluyan en ellos la provisionalidad del precio o coste y, sobre todo, una cláusula en la que se regule la revisabilidad del precio provisional, que, en todo caso, se adecuará al coste final de la vivienda”. Incluso se sostiene la nulidad de la cláusula que estableciera el carácter fijo, firme o inalterable del precio de la vivienda, por ser contrario al art. 1.911 Cc: así, R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las Cooperativas de Viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 114.

califican como “el eje de las relaciones económicas del socio con la cooperativa”²⁰, cuya existencia fomenta la propia cooperativa como modo de reducir los costes. Son los socios quienes, por esta vía, financian directamente a la cooperativa²¹, hasta el punto de que se habla del “derecho de la cooperativa de obtener del socio los recursos suficientes para hacer frente a la promoción”²² y del correlativo deber del socio de efectuar pagos para la financiación de la vivienda o local, partida muy significativa, a diferencia de las aportaciones al capital social en las cooperativas de viviendas, que son de cuantía e importancia muy reducidas²³. La política puesta en práctica por las cooperativas de viviendas de “excedente cero”, consistente en ajustar el importe de las aportaciones a cuenta al coste de la vivienda más los gastos generales de la cooperativa, debilita el patrimonio de ésta al limitar (o eliminar) la dotación de fondos²⁴.

2.2. Naturaleza jurídica

En el caso de las cooperativas de viviendas, en el régimen económico de la sociedad figuran las aportaciones de los socios destinadas a financiar el coste de la vivienda. Estas aportaciones o entregas a cuenta forman parte de la relación mutualista que se entabla entre el socio y la sociedad y conforman la masa de gestión económica de esta clase de cooperativa²⁵.

²⁰ A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., pp. 261 y 263, y ello porque conforman la aportación financiera más importante en volumen de recursos, indispensable para desarrollar y cumplir el objeto social.

²¹ S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, en J. I. PEINADO GRACIA (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1395.

²² S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, op. cit., p. 1407.

²³ A. AZPIAZU MONTEYS, *Guía Jurídica de la cooperativa de viviendas*, op. cit., p. 88; N. PAZ CANALEJO, “Artículo 129”, en N. PAZ CANALEJO y F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBALADEJO (Dirs.), T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 684 y 685; A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., p. 103; S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, op. cit., p. 1410. En palabras de R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 104, en las cooperativas de viviendas, el contenido económico de la relación societaria es insignificante en comparación con el de la mutualista.

²⁴ Para R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 100 y 120, esta política infracapitaliza y vacía de todo contenido patrimonial a la cooperativa a pesar de poder tener numerosos acreedores sociales.

²⁵ Acuña este término F. VICENT CHULIÁ, “El régimen económico de la cooperativa en la nueva ley de 19 de diciembre de 1974”, *REVESCO*, núms. 36, 37 y 38, mayo 1975-abril 1976, pp. 158 y 162. F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 71”, en N. PAZ CANALEJO y F. VICENT CHULIÁ, *Ley General de Cooperativas*, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBALADEJO (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, p. 168; F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 81”, en N. PAZ CANALEJO y F. VICENT CHULIÁ, *Ley General*

La legislación cooperativa es clara al establecer que los bienes de cualquier tipo (fondos, productos, materias primas, etc.) entregados por los socios para la gestión cooperativa, los servicios prestados a la cooperativa para su gestión por ésta y los pagos que satisfagan los socios para la obtención de los servicios cooperativizados “no integrarán el capital social”²⁶.

La unanimidad de la regulación desaparece en lo relativo a la determinación de la propiedad y la embargabilidad de estas cantidades y a esta regulación hay que estar, sin que se pueda realizar una afirmación general válida para todos los casos. En ocasiones, las Leyes establecen la regla de forma rígida; en otras, permiten a los Estatutos alterarla o establecerla; o dejan directamente la cuestión en manos de los interesados (la cooperativa y el socio). El art. 67.2 LCCAN, el art. 65.3 LCG y el art. 65.3 LCPV disponen en su inciso final que estas entregas no integran el patrimonio de la cooperativa y “no pueden ser objeto de embargo por los acreedores sociales”. La contrapartida a la no pertenencia al patrimonio de la cooperativa y a la inembargabilidad por los acreedores sociales sería la integración en el patrimonio del socio y la embargabilidad por los acreedores de éste, algo que de forma expresa establece el art. 57.2 LCCMadrid: “son embargables por los acreedores personales de los socios, dejando a salvo los preferentes derechos que pudieran corresponder a la Cooperativa”²⁷, aunque permite una disposición estatutaria en

de Cooperativas, en F. SÁNCHEZ CALERO y M. ALBALADEJO (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDERSA, Madrid, 1994, p. 305; I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos- Confederación de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Madrid, 1997, pp. 83 y 84; R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 91-97.

²⁶ Art. 52.3 LC; art. 62.2 LSCA; art. 55.2 LCAR; art. 77.2 LCIB; art. 61.3 LCCAT; art. 67.2 LCCANT; art. 69.3 LCCyL; art. 58.2 LSCEX; art. 65.3 LCG; art. 72.3 LCRM; art. 45.8 LFCN; art. 65.3 LCPV; art. 69.2 LCLR. El art. 93.2 LCAS dispone que no integran el patrimonio de la cooperativa, “salvo que se dispusiere o se dedujere lo contrario de los estatutos sociales, del reglamento de régimen interno, de los acuerdos sociales o, en última instancia, de las estipulaciones singularmente pactadas con cada socio”. El art. 57.2 LCCMadrid establece que “no constituyen aportaciones a capital, ni tampoco integran el patrimonio cooperativo, salvo que estatutariamente se establezca lo contrario”. El art. 83.2 LCCLM señala que no integran el patrimonio de la cooperativa, aunque admite una disposición en contra de los Estatutos. El art. 64.3 LCCV dice que no constituyen aportaciones sociales, aunque matiza “salvo que estatutariamente se establezca lo contrario”.

²⁷ En opinión de F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 81”, op. cit., pp. 309 y 311, la calificación más acertada es la de considerar que las entregas y pagos de los socios no integran el capital ni tampoco el patrimonio social de la cooperativa, por lo que no podrán ser embargados por los acreedores de la sociedad, pero sí embargados por los acreedores personales de los socios. Por el contrario, R. VILLALUENGA RODRÍGUEZ, “Cooperativas de viviendas y responsabilidad patrimonial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 169 y 170, considera que los acreedores de la cooperativa, mientras ésta subsista o, al menos, mientras la masa de gestión esté indivisa, pueden extender su persecución “a la totalidad del patrimonio de la cooperativa, incluso a esa masa de gestión cuya titularidad formal se le atribuye”, a condición de que los créditos traigan causa de la promoción de los inmuebles. Una vez

contrario. En esta línea, el art. 93.2 LCPA dispone la inembargabilidad por los acreedores sociales “salvo que se dispusiere o se dedujere lo contrario de los estatutos sociales, del reglamento de régimen interno, de los acuerdos sociales o, en última instancia, de las estipulaciones singularmente pactadas con cada socio, en cuyo caso sí que podrían ser embargadas por los acreedores sociales”.

La doctrina se muestra también dividida. Frente a quienes consideran que, aunque estén en posesión de la cooperativa, estas aportaciones no integran su patrimonio, de la misma manera que tampoco lo hacen, en general, los bienes (fondos, materias primas, productos...) entregados por los socios o los servicios prestados por éstos para su gestión cooperativa²⁸, otros autores estiman que la atribución de la propiedad y la embargabilidad dependerá de lo que se deduzca de las condiciones en las que estas aportaciones hayan sido fijadas y contratadas con la cooperativa²⁹. A nuestro juicio, habrá que estar a las Leyes de cooperativas

verificada la división de la comunidad, cada elemento resultante responderá en la medida en que le sea imputable la deuda, esto es, con arreglo al coeficiente de participación y la acción de los acreedores se dirigirá contra la cooperativa, si aún no se ha procedido a la adjudicación, o contra el propietario de la finca ya adjudicada. Para este autor (p. 171), los acreedores del socio no pueden dirigirse contra los desembolsos realizados por el socio con causa en la obtención de la vivienda, “sino que habrá de esperar a su concreción o materialización en la vivienda misma”. Para F. MANRIQUE ROMERO y J. M. RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. 109-110, julio-diciembre, 1980, pp. 133 y 134, la cooperativa aparecerá como titular formal de los inmuebles en el Registro de la Propiedad y, al adjudicar la vivienda al socio, se limitará a otorgar un reconocimiento de propiedad.

²⁸ La relación subyacente entre socio y cooperativa es, para la doctrina mayoritaria, un contrato de mandato con representación indirecta: F. MANRIQUE y J.M. RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, op. cit., pp. 61-65; R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 92-96; I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa...*, op. cit., pp. 93-100; I. G. FAJARDO GARCÍA, “La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas”, AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, Unicaja, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Cajatur, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 528. J. ORTIZ RODRÍGUEZ, “Sección 3ª. De las cooperativas de viviendas. Arts. 89 a 92”, en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 653, plantea una doble objeción a esta interpretación: “admitir dicho planteamiento como tal, y además, entender que en la representación indirecta se ha superado la necesidad de un nuevo acto traslativo del representante al representado, afirmación que no creemos pacífica”. Para M. AGUILAR GARCÍA, “Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 716 abril-junio, 1972, pp. 48-50, la cooperativa debe aparecer como representante de los socios, en el orden civil y registral, por lo que no debe producirse inscripción intermedia alguna a favor de la Cooperativa.

²⁹ C. VARGAS VASSEROT, “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, *CIRIEC España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 21, diciembre, 2010, p. 47. En general, de la titularidad de la masa de gestión trata este autor en *La Actividad Cooperativizada y las Relaciones de la Cooperativa con sus Socios y con Terceros*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 120-125.

y, en lo permitido o no previsto por éstas o por las normas de autorregulación societarias, a lo pactado³⁰.

Aunque la titularidad de las cantidades entregadas siga siendo de cada socio³¹, la cooperativa también puede disponer de ellas siempre que lo haga para la finalidad para la que han sido entregadas, es decir, la construcción de la vivienda y su adjudicación al socio. Así se pone de manifiesto en la STS (Sala de lo Civil) de 27 de enero de 1986 (RJ 1986, 334). En caso de que haya varias fases o promociones, las cantidades entregadas a cuenta por los socios de una fase no podrán aplicarse al pago de los gastos o costes de otra fase.

Quienes sostienen de manera absoluta la propiedad del socio, de forma mayoritaria consideran que la titularidad no es individual, sino colectiva: se constituye una comunidad o copropiedad sobre las cantidades aportadas³² y la adjudicación de la vivienda significa la sustitución del derecho de copropiedad sobre los fondos aportados, por la propiedad individual de la vivienda que se adjudica a cada socio y que adquiere directamente o de forma originaria, sin que tal acto tenga la consideración de venta (Disp. Adic. 5ª.2 LC). La jurisprudencia resalta la diferencia

³⁰ Compartimos el parecer de VARGAS, “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, op. cit., p. 48, cuando, respecto de las leyes que afirman de manera categórica que estas entregas no integran el patrimonio de la cooperativa, matiza la opinión que recogíamos en la nota anterior.

³¹ F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 81”, op. cit., p. 310, aunque, acto seguido, en la p. 311 habla del “derecho de copropiedad sobre los fondos aportados”.

³² I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa...*, op. cit., p. 100; F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 71”, op. cit., pp. 168 y 186; A. LAMBEA RUEDA, *Cooperativas de viviendas*, op. cit., pp. 281-349; A. TATO PLAZA, “As cooperativas de viviendas e a condición de promotor”, en M. BOTANA AGRA y R. A. MILLÁN CALENTI (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 69 y 70; S. MERINO HERNÁNDEZ, “Cooperativas de viviendas”, op. cit., p. 1407; I. FERREIRO MARTÍNEZ y I. A. CALVO VIDAL, “El régimen de las promociones y el de las cantidades entregadas a cuenta por los socios en la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia”, en M. BOTANA AGRA y R. A. MILLÁN CALENTI, (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, p. 124; P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “La adjudicación de la vivienda al socio”, en M. BOTANA AGRA y R. A. MILLÁN CALENTI (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, p. 135; R. MILÀ RAFEL, *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas. Obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 403-412 y 414-416. Crítico con esta interpretación, aunque reconoce que ha hecho fortuna en la práctica, se muestra J. ORTIZ RODRÍGUEZ, “De las cooperativas de viviendas”, op. cit., pp. 652-654.

entre compraventa y adjudicación y se decanta por la segunda en el caso de la efectuada por la cooperativa al socio³³.

De la misma manera que las cantidades entregadas a cuenta de la construcción se computan como ingresos que allegan fondos a esa masa, los gastos derivados de la construcción de las viviendas se detraen de ese fondo: por diferencia, se obtendrá el resultado positivo o excedente o el resultado negativo o pérdida³⁴. Por esta razón, el cooperativista de vivienda podrá recibir retornos (en el sentido de reducciones de sus obligaciones de entregas a cuenta o minoración del precio de sus viviendas) si el coste de la construcción ha sido inferior al de las entregas inicialmente previstas, con lo que se abarata el precio de la vivienda para el socio³⁵. De la misma manera que deberá hacer frente al sobrecoste o sobreprecio de la construcción en que el objeto social de la cooperativa consiste, es decir, no sólo al sobrecoste de la construcción de la vivienda o local inicialmente asignado, y ello tanto realizando nuevas entregas o abonando derramas durante el proceso de edificación, cuanto en la liquidación final, después de haberse producido la adjudicación de la vivienda y la liquidación definitiva del coste real de las obras, socio que contrae en este sentido una responsabilidad ilimitada³⁶.

También deberán los socios afrontar la financiación de las viviendas, locales o garajes que no hayan sido adjudicados ni hayan podido ser vendidos a terceros y los gastos de mantenimiento y conservación en tanto esto no ocurra, de la misma

³³ Entre otras, la STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1212), la STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1672), la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 noviembre de 1999 (AC 1999, 2570) o la SAP de Málaga (Sección 4ª) de 5 septiembre de 2013 (JUR 2013, 375419). No lo contradice propiamente la STS (Sala de lo Civil) de 7 de enero de 1992 (RJ 1992, 151) pues, aunque considera que en el caso se está ante una compraventa y no ante una mera adjudicación de vivienda hecha por la sociedad a un cooperativista, tiene en cuenta que no es un hecho probado tal condición del recurrido.

³⁴ A. LAMBEA RUEDA, *Cooperativas de viviendas*, op. cit., p. 342. Para F. VICENT CHULIÁ, “Artículo 71”, op. cit., p. 186, aunque las entregas no ingresan en el patrimonio de la cooperativa, “no por ello quedan al margen del riesgo de pérdidas”.

³⁵ A. P. GÓMEZ APARICIO, *Análisis de los aspectos financieros...*, op. cit., p. 89, “una forma peculiar y generalmente utilizada en la práctica para hacer efectivo dicho retorno en las cooperativas de viviendas es la reducción del coste de las viviendas para los socios. De esta manera no aparece el beneficio y se distribuye el excedente incluso antes de la dotación de los fondos de reserva obligatorios”. Crítico con esta forma de proceder en las cooperativas de viviendas, como hemos señalado, se muestra R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., pp. 99, 100 y 120.

³⁶ STS (Sala de lo Civil) de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 411); STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 1990 (RJ 1990, 2720); STS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1991 (RJ 1991, 9808); STS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4522); STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4277). En palabras de R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 115, “ante incrementos del coste de «la vivienda» no previstos el socio siempre debe responder ilimitadamente, pudiendo hacer valer únicamente su derecho de baja”.

manera que obtienen verdaderos beneficios con la venta a terceros, que permite abaratar el precio de las viviendas de los cooperativistas o, pese al incremento de los costes, que se mantengan las cuantías de las entregas a cuenta o el precio³⁷. Ahora bien, si, en el momento de la finalización de la construcción, estos locales o edificaciones destinados a terceros no se han vendido, el socio deberá abonar el coste total de su vivienda, sin perjuicio de que tenga un derecho de crédito por la parte que le corresponda de los beneficios que estas ventas a terceros proporcionen; si ya lo han sido, se operaría una compensación en la medida correspondiente³⁸.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo³⁹ la afirmación de la responsabilidad personal ilimitada de los socios adjudicatarios, en virtud de la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, por la falta de pago de la cooperativa a los suministradores o constructores que contrataron con ella durante el proceso de construcción, aunque el coste final de la vivienda superase las iniciales previsiones. No se trata de una excepción a la regla de la responsabilidad limitada del socio⁴⁰, sino de la aplicación del principio de imputación de pérdidas.

³⁷ En este último sentido, la STS (Sala de lo Civil) de 17 abril 1990 (RJ 1990, 2720) y la SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 noviembre de 1999 (AC 1999, 2570). P. QUIRALTE, “Reclamación por la cooperativa al socio de las aportaciones para el pago de la vivienda (I)”, op. cit., p. 2, señala que esto es algo que los cooperativistas tardan en entender pero que muchos profesionales del cooperativismo tienen claro: “el precio de la venta de los locales permite que los precios iniciales previstos de la vivienda no sufran incremento. Este es el beneficio que no se reparte pero que, sin duda, constituye un acierto cooperativo”.

³⁸ Vid. la STS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1249).

³⁹ STS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4522); STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4277); STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803); STS (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1714); STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1958).

⁴⁰ Para I. G. FAJARDO GARCÍA, “La promoción de la vivienda cooperativa y el papel de la administración local”, www.uv.es/cidec/documents/DocViviendas/Promocion_%20vivienda.pdf, p. 9, “(E)l deber de soportar el coste final de la vivienda no supone una excepción al principio de responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales, porque no se trata de una deuda de la cooperativa. Por la misma razón, los acreedores una vez agotado el patrimonio de la cooperativa o una vez extinguida, tienen acción directa contra el socio cooperativista al que le ha sido adjudicada la vivienda, para reclamar el importe adeudado por la cooperativa a consecuencia de la construcción o rehabilitación de la vivienda”. En opinión de R. GONZÁLEZ TAUSZ, “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, op. cit., p. 108, a consecuencia de la práctica del “excedente cero”, “(A)nte la reclamación de un acreedor derivada de una actividad instrumental (empresa urbanizadora, constructora, gestora, etc.), se reclama un mayor desembolso al socio antes que detraer del exiguo patrimonio cooperativo”, por lo que la responsabilidad ilimitada de la cooperativa de viviendas en la actividad cooperativizada “es teórica pero, en la práctica, casi inexistente”.

3 LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LAS APORTACIONES A CUENTA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA

La configuración legal de estas aportaciones protege a la sociedad cooperativa, pues le permite obligar al socio a cumplir con su compromiso. Pero es necesario igualmente analizar los mecanismos de protección que habilita el Ordenamiento para garantizar su derechos al cooperativista.

3.1. De la desprotección inicial, a la aplicación del régimen de garantías de las cantidades entregadas a cuenta de la adquisición de viviendas

En las diferentes etapas históricas, los poderes públicos han impulsado de varias formas y con intensidades diversas el movimiento cooperativo, protección y fomento del que tradicionalmente se han beneficiado también las cooperativas de viviendas, desde el momento en que, como hemos señalado, éstas atienden a la satisfacción de una de las necesidades primarias del ser humano, la vivienda.

Es cierto también que la legislación de ordenación de la edificación y de vivienda desde bien pronto reflejó la preocupación por la protección de los adquirentes. El art. 1 del derogado Decreto 9/1963, de 3 de enero, por el que se regula el percibo de cantidades a cuenta y la publicidad de venta de vivienda de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva, contenía dos normas importantes en las letras d) y e) del su art. 1, en las que obligaba a: “d) Que por el promotor se ofrezca aval bancario o contrato de seguro que garanticen la devolución del importe total de las cantidades que entreguen los beneficiarios en el caso de que no se obtenga la calificación definitiva o no se termine la obra dentro del plazo fijado en la calificación provisional o prórroga reglamentariamente concedida. e) Que el importe de las cantidades entregadas a cuenta se aplique precisamente a la construcción de viviendas del Proyecto, a cuyo efecto las cantidades que entreguen los beneficiarios deberán ser depositadas, en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con perfecta distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo”. El art. 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, reiteraba la segunda de las anteriores normas, es decir, la necesidad de que las cantidades anticipadas se aplicasen “únicamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo”; y establecía un cambio fundamental en la primera, al disponer la necesidad de acompañar a la solicitud de la necesaria autorización para poder percibir estos pagos anticipados el aval o el seguro e incluir una referencia expresa a las cooperativas de viviendas: “Tratándose de Cooperativas de Viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de

Cooperación será admitida en sustitución del aval o seguro exigido al resto de los promotores”.

La vigente Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ante la “justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”, aumenta las medidas de protección (añade la devolución de las cantidades incrementadas en un 6% anual, matiza el carácter solidario del aval y establece la responsabilidad de la entidad de crédito, que para la apertura de la cuenta separada debe exigir la garantía) y las extiende en su art. 1 a toda clase de viviendas, derechos que califica de irrenunciables (art. 7). Su Disposición Adicional única autorizó al Gobierno para que, por Decreto y en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor, adaptara sus principios en lo que pudieran ser aplicables a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas, cosa que lleva a cabo el también vigente Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, cuyos artículos 4 y 5 se dedican a las cooperativas de viviendas, de cuyo cumplimiento se hace responsable a la Junta rectora de la cooperativa (denominación empleada en la Ley de cooperativas de 2 de enero de 1942, equivalente al actual Consejo rector y, por extensión, en general, al órgano de administración, ya que no en todo caso revestirá esa forma); derechos que, nuevamente, su art. 6 establece como irrenunciables. En su desarrollo, la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre el Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, establece las reglas a las que las entidades aseguradoras que prestan esta cobertura deben someterse, entre las que figuran los requisitos mínimos del condicionado general de estos seguros colectivos y de las pólizas individuales.

A raíz del escándalo en 1992 de la gestora de cooperativas de viviendas PSV, ligada al Sindicato UGT y los cientos de quejas presentadas al Defensor del Pueblo por los defraudados cooperativistas, el Informe de este organismo correspondiente a 1993⁴¹ realizó una serie de interesantes consideraciones acerca de las cooperativas de viviendas, en las que, pese a señalar que carecía de competencia por tratarse de sujetos privados y no de administraciones públicas, ponía de manifiesto la necesidad de acometer reformas legales: “Se trata, en definitiva, de promover una regulación que evite actitudes financieras irregulares en el futuro

⁴¹ Se puede consultar su texto en: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/INFORME1993_informe.pdf.

y, en concreto, establecer estrictas garantías para que el dinero adelantado por los cooperativistas para la construcción de sus viviendas no se utilice en otros proyectos distintos de inversión por parte de la entidad gestora”; “es indispensable exigir el cumplimiento, o perfeccionar, en su caso, de las normas ya existentes sobre percepción de parte del precio de las viviendas durante el período de construcción”; “establecer, en suma, mayores garantías respecto al destino de las aportaciones dinerarias entregadas por los cooperativistas”.

Este Informe es uno de los antecedentes que está en el origen el art. 1.1, d) del Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, que establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de las viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de viviendas. En su virtud, las cooperativas de viviendas promotoras de viviendas de protección oficial destinadas a uso propio, para obtener financiación cualificada estatal al amparo de Planes Estatales de Vivienda, deberán cumplir, además de los requisitos aplicables establecidos en las normas aprobatorias de dichos planes, entre otras condiciones, la siguiente: “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”⁴².

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre de 1999, de Ordenación de la Edificación amplía la aplicación de la Ley 57/1968 a la percepción de cantidades anticipadas por los promotores o gestores en la edificación (art. 17.4) y equipara a la figura del promotor la del “gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación”. Su Disposición Adicional primera establece que la percepción de las cantidades anticipadas reguladas para las viviendas se amplía a promociones de viviendas en régimen de comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, extiende la garantía a las entregas en metálico o mediante efectos cambiarios, añade a la restitución los intereses legales del dinero hasta la devolución (tipo de interés que debe entenderse que sustituye al 6% que establece la Ley 57/1968) y atribuye a las Comunidades Autónomas la capacidad sancionadora para imponer las multas por incumplimiento.

Las Leyes autonómicas sobre vivienda contienen disposiciones en este sentido [vid. por ejemplo, el art. 18.1, e) de la Ley 8/2012, de 29 de junio, de Vivienda

⁴² I. G. FAJARDO GARCÍA, *La gestión económica de la cooperativa...*, op. cit., p. 100, califica de absurdo que la cooperativa tenga que garantizar la devolución de las cantidades anticipadas que los socios entregan para la construcción de su vivienda y se hace eco de la conclusión que se alcanzó en la Jornada sobre “Las Cooperativas y el Plan de Viviendas para 1995-1996” organizada por la Federación de Cooperativas de Viviendas valenciana, porque no tiene ningún sentido que el socio autogarantice sus propias aportaciones y satisfaga para ello un elevado coste, aparte de las dificultades para obtener un aval.

de Galicia]. También algunas Leyes de cooperativas han ido paulatinamente incorporando esta norma [art. 98, h) LSCA; art. 87.4 RLSCA; art. 85.5 LCAR; art. 158.1, b) LCPA; art. 141.1, b) LCCLM; art. 91.8, párrafo 2º LCCV]. Pero no siempre la coincidencia es total: así, el art. 122 LCG⁴³ establece que las cantidades anticipadas en la construcción se garantizarán “mediante contrato de seguro”; hay que recordar que, aunque la LOE también menciona sólo el contrato de seguro, en virtud de la remisión que efectúa a la Ley 57/1968, se entiende que admite también otras formas de garantía. Alguna de las Leyes autonómicas contiene, además, otra medida protectora peculiar: es el caso del art. 91.8, párrafo 1º, LCCV, que establece que el socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, podrá exigir —los gastos correrán a su cargo— la constitución de una hipoteca de máximo para garantizar las cantidades que venga obligado a entregar hasta la adjudicación de la vivienda.

3.2. La efectividad de estos mecanismos

El establecimiento de la obligatoriedad de garantizar las aportaciones a cuenta no ha eliminado por completo los supuestos de desprotección del cooperativista de vivienda. Y ello porque puede que este deber se incumpla o se cumpla de manera defectuosa y, en definitiva, el aval o el seguro no despliegan su verdadera función, que es la garantía o la cobertura del riesgo del incumplimiento de la obligación de construcción o de devolución de las aportaciones a cuenta si ésta no se lleva a cabo⁴⁴. En fecha reciente, se ha puesto en evidencia la irregularidad en la contratación del seguro por varias gestoras de cooperativas (Ofigevi, Geste-co, Gespozuelo, PSG, etc.) con las correspondientes aseguradoras (HCC Europe, Asefa) quienes, ocurrido el siniestro, se niegan a responder de la devolución de las cantidades entregadas, sobre la base de cláusulas insertas, en ocasiones, en los certificados individuales de seguro, en virtud de las cuales el contrato se pretendía configurar como una garantía del proyecto promotor, previa al inicio de la construcción propiamente dicha y diferente al afianzamiento de las cantidades

⁴³ Para I. FERREIRO MARTÍNEZ y I. A. CALVO VIDAL, “El régimen de las promociones y el de las cantidades entregadas a cuenta por los socios...”, op. cit., p. 122, hay que encuadrar esta norma entre las destinadas a velar por que, “de modo real y efectivo, en la sociedad cooperativa de viviendas el socio encuentre el vehículo adecuado para dar satisfacción, al derecho constitucionalmente reconocido, de disponer de una vivienda digna”.

⁴⁴ El anterior Director General de Seguros, Ricardo Lozano, en declaraciones hechas a la Agencia EFE el 11 de marzo de 2010, recomendó crear un registro público con las pólizas de obligatoria suscripción, como se hizo con los contratos de seguro con cobertura de fallecimiento para, entre otras cosas, mejorar la información de aquellos seguros con un gran impacto social, como el que cubre las cantidades aportadas por los clientes para la construcción de viviendas, (economia.terra.com/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201003111427_EFE_201003FC4083). Esta recomendación, desafortunadamente, no se hizo efectiva.

entregadas a cuenta de dicha construcción, que, en su caso, habría sido objeto de un futuro contrato posterior. Lo que se hacía del modo siguiente: “el presente Certificado de Seguro de Caucción no garantiza el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas, y tampoco responderá del uso de las cantidades dispuestas que no sean justificadas como ingreso previo en la citada cuenta especial”; “el certificado estará vigente hasta su devolución al asegurador o hasta la emisión, por parte de (la aseguradora), de la póliza individual de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta a favor del Asegurado”. Es decir, una construcción jurídica que podemos denominar “teoría de los tramos” que, como veremos más adelante, afortunadamente no ha convencido a los Tribunales.

En las sentencias recaídas en los pleitos en los que se discute la existencia o efectividad de estas garantías, se debate la interpretación de los requisitos que establecen las disposiciones legales antes mencionadas.

En cuanto al primero de ellos, el ingreso de las cantidades en una cuenta especial (art. 1.2ª Ley 57/1968), se plantea la trascendencia para el aportante de su incumplimiento. Al respecto, la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876) manifiesta que “(E)l hecho de que se haya realizado algún ingreso en cuenta distinta a la especial, destinada al efecto, no implica necesariamente que el adquirente de la vivienda no pueda recuperar tal aportación”; y ello porque los aportantes son terceros a los efectos de la relación entre el promotor avalado y la entidad de crédito avalista, terceros que “ingresaron sus aportaciones en las cuentas bancarias designadas por el promotor; lo que debía ser controlado por la entidad financiera, mediante las comprobaciones correspondientes, especialmente, con el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto -ex art. 4 O.M.-, pues, la entidad financiera, sabía que, en ocasiones, las aportaciones se producían por transferencia de remesas desde otra entidad financiera, por lo que podía haber exigido a la Cooperativa y Promotora que se observase el procedimiento de ingreso de las aportaciones en los términos asumidos en la Póliza de aval, entre las partes contratantes, promotor avalado y entidad financiera avalista, lo que no puede trascender respecto del tercero beneficiario, que se limita a cumplir lo que asume y conoce”; puesto que las aportaciones no superan el límite garantizado por la línea de avales, “que el ingreso se hiciera en una u otra cuenta carece de relevancia jurídica al objeto procesal. Procede subrayar que la entidad financiera demandada no opuso reparo alguno a que algunos anticipos se ingresaran en otras cuentas, no por voluntad de los adquirentes sino por indicación del Promotor, contratante con la entidad financiera”; “(L)o determinante son las entregas realizadas y que se hayan destinado a financiar gastos de la promoción -y no consta que no hayan sido dispuestos con esta finalidad-”.

En segundo lugar, también suscita dudas la falta de la emisión de avales o pólizas de seguro individualizados, el contenido de los mismos o la falta de correspondencia de las cantidades en ellos reflejadas con las cantidades efectivamente

aportadas (art. 2, *in fine*, Ley 57/1968). De nuevo, la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876) minimiza la trascendencia de este requisito, porque los avales individuales no son imprescindibles para el reembolso de las cantidades entregadas y era la entidad financiera la obligada a la entrega del aval individualizado; además, “el hecho relevante es la cantidad entregada y el contrato de garantía concertado entre la Promotora y la entidad financiera, como único negocio jurídico productor de consecuencias jurídicas entre las partes contratantes, y diferidamente, con los beneficiarios, en cuanto les conciernan como tales. La entrega del aval individualizado no implica una novación extintiva del contrato principal, sustituyéndose por una pluralidad de negocios jurídicos. La línea de avales o garantías es la misma, la del contrato principal, por el que el avalista garantiza al beneficiario la devolución o reembolso de las cantidades entregadas para la adquisición (y financiación) de las viviendas, para el caso de que el Promotor no pueda hacerlo, y en cuyo favor (del tercero beneficiario) se estipula”; en consecuencia, “la no emisión de un título o su insuficiencia, no puede impedir o limitar el derecho de reintegro del beneficiario, pues sería tanto como dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato —*ex art. 1256 Código Civil*—, y en concreto, la cantidad a devolver, la cantidad entregada con la finalidad adquisitiva y constructiva”⁴⁵. El Auto AP de Madrid (Sección 9ª) de 26 septiembre 2013 (JUR 2014, 95866) manifiesta que el certificado individual “no es más que un documento expedido unilateralmente por la aseguradora que no tiene virtualidad alguna para modificar la eficacia de lo pactado en la póliza, que —como se dijo— sí es de afianzamiento, de las previstas en la Ley 57/1968, careciendo de todo fundamento la aplicación al caso de autos de la distinción entre las pólizas de tramo I y de tramo II, pues lo único que exige la Ley 57/1968 y se ha pretendido garantizar es la devolución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas”; para la Sala, no deja de sorprender, además, un certificado individual que manifiesta que su objeto es garantizar que las cantidades ingresadas por el asegurado en la cuenta especial se destinarán exclusivamente a efectuar pagos que estén relacionados con la promoción, lo que contradice frontalmente el “tipo de riesgo” que se consignó en las condiciones particulares de la póliza, como es la “garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas”. La SAP de Alicante (Sección 6ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 350515) va más allá cuando sostiene que “el hecho de que no se entregue a los demandantes aval de todas las cantidades entregadas a cuenta, no puede dejarles fuera de la citada garantía (...); y sin que pueda afectar al consumidor, el supuesto agotamiento de la línea de avales”.

⁴⁵ En el mismo sentido, con referencia a los certificados individuales de seguro, la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014, 2640), SAP de Madrid (Sección 10ª) de 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 234526), la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2014 (AC 2014, 1857).

Una causa frecuente de litigio es, como se desprende de las resoluciones antes citadas, la determinación del riesgo asegurado. En numerosas ocasiones, la aseguradora alega que el objeto de la póliza y el riesgo asegurado no era el buen fin de la construcción de las viviendas, ni que éstas llegasen a ser efectivamente construidas y entregadas a los cooperativistas, sino asegurar lo que llama “riesgo del proyecto promotor”, es decir, el aseguramiento de que las cantidades entregadas a las cooperativas, o a la gestora que las dirigía, se habían aplicado a atenciones propias de la promoción y del proyecto, pero que no se trataba del seguro previsto en la Ley 57/68, ni la compañía de seguros aseguraba el buen fin de la construcción sino tan sólo ese llamado “proyecto promotor”; a lo que añadía, en una rebuscada pirueta jurídica, que, en una segunda fase, una vez se hubiesen adquirido en firme los terrenos, se hubiese dado comienzo a la promoción de viviendas y se hubiese continuado con las mismas, se procedería a la suscripción de la segunda póliza que sería la verdadera póliza de afianzamiento prevista en la Ley 57/1968, momento en el que se abriría lo que se denominaba “el segundo tramo”, que sería el que propiamente constituiría el documento o el aseguramiento previsto en la Ley 57/1968. Negaba, en consecuencia, que pudieran tener tal condición las pólizas de seguro litigiosas, esencialmente, porque en esa fecha todavía no se habían ni siquiera adquirido los terrenos y existía, por así decirlo, un proyecto tan sólo embrionario. La aseguradora esgrimió que si la construcción no se ha iniciado siquiera, el seguro de la Ley 57/1968 o de la Ley de la Edificación, no entra en juego, argumento rechazado por los Tribunales de todas las instancias. La STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931), con rotundidad, señala que “el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto”. En palabras de la SAP de Madrid (Sección 18ª) de 7 de julio de 2014 (JUR 2014, 243391), “resulta del todo evidente que no habiéndose procedido a la construcción y entrega de las viviendas debe procederse a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta sin que ello sea un óbice las artificiales y artificiosas diferenciaciones que se pretenden hacer en relación con el denominado riesgo promotor como diferente y distinto del riesgo de falta de entrega o de construcción de las viviendas”. La SAP de Madrid (Sección 10ª) de 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 234526) señala que la operación garantizada es el buen fin de cantidades entregadas por los socios cooperativistas para el desarrollo del proyecto promotor, sin que suprima la eficacia del contrato de seguro el hecho de que en el contrato entre la cooperativa y el socio se omitiera la fecha en la que debía iniciarse o finalizarse la construcción. En el mismo sentido que todas las anteriores, por completar los ejemplos de las tres instancias, se puede citar la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 67549).

Aunque los contratos establecen que el aval o el seguro no garantiza o cubre la devolución de las cantidades al socio en situación de baja, hay pronunciamientos

favorables a su aplicación también en este supuesto. Pese a que los socios que reclamaban la devolución de las cantidades aportadas habían solicitado la baja, la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876) señala la imposibilidad de la Sociedad Cooperativa demandada de cumplir con el fin societario al estar acreditado que no ha iniciado la construcción, ni previsión de que se realice (debido a la nulidad del Proyecto de Actuación y Reparcelación con retroacción de todo el expediente urbanístico que afecta a la parcela en la que se iba a ejecutar la construcción de las viviendas, a la liquidación concursal de la gestora de la cooperativa y a la carencia de bienes de la cooperativa para financiarse), “de manera que, mal puede pretenderse, la sustitución de un socio en unos derechos constructivos o de edificación, que la Cooperativa no va a cumplir”; y añade que “(A)demás, la acción ejercitada no es la de reembolso frente a la Cooperativa, sino la acción de recuperar las entregas efectuadas conforme al contrato de compraventa convenido, y de acuerdo con la Ley 57/1968 “. La SAP de Madrid (Sección 14ª) de 5 de marzo de 2014 (JUR 2014, 113691), con más claridad al respecto, afirma: “La baja voluntaria del socio es un caso de resolución unilateral permitida por los estatutos cooperativos, de manera que una vez aceptada el contrato de adhesión queda ineficaz, pero no es efectiva hasta que no se han cumplido las obligaciones posteriores a la resolución. Hasta que no se han cumplido las obligaciones de la fase de liquidación del contrato, con la restitución de prestaciones, no llega el momento en el que el cooperativista queda fuera del contrato; en el umbral de la indiferencia jurídica y económica, y como tercero ajeno a la cooperativa. Frente a la aseguradora que responde de las cantidades en los límites de la Ley 57/68, el socio sigue siéndolo mientras la cooperativa no le comunique la baja definitiva, lo que parece que no se comunicó dado el tenor de las comunicaciones entre ASEFA y LA TENERIA en las que ese punto es caballo de batalla: ASEFA entiende que la baja es bastante para eliminar la cobertura y LA TENERIA entiende que hasta que no se consume la baja el socio es cooperativista, de manera que la baja definitiva no se produce hasta la liquidación del contrato. Entendemos que la interpretación de LA TENERIA es más correcta por dos razones. La primera, porque la cláusula, 5ª de condiciones especiales de la póliza de cooperativas no habla de consumación de la baja; simplemente habla de baja, y es cláusula que no debe interpretarse en contra del asegurado. La segunda porque la baja del socio está vinculada a la adquisición de sus derechos por otro socio, o la subrogación por un tercero, salvo que la tesorería de la cooperativa permita otra cosa, y no parece que la tesorería de la cooperativa lo permitiera. Mientras tanto y si se produce el siniestro en los términos de la Ley 57/68, la aseguradora debe pagar al asegurado titular del certificado de seguro de una póliza colectiva o de grupo, que se descompone en tantos contratos de seguro como partícipes”. Se muestran favorables a la inaplicación de la cláusula contractual que excluye el derecho a la indemnización en caso de baja de la cooperativa, porque vulnera el régimen imperativo de la Ley 57/1968 y por el carácter irrenunciable de los derechos de los cesionarios, entre otras, la SAP de

Madrid (Sección 9ª) de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014, 2640), el Auto AP de Madrid (Sección 9ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2014, 95866) y la SAP de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2014 (AC 2014, 1857).

Claro que, tras indemnizar a los asegurados o beneficiarios de la garantía (los cooperativistas) la aseguradora, sobre la base del art. 68 LCS, o la avalista, sobre la base del art. 1.838 Cc, puede ejercitar su derecho de reembolso contra el tomador del seguro o el avalado (la cooperativa de viviendas), como reconoce la SAP de Málaga (Sección 4ª), de 5 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 375419).

Por último, también suscita controversia la cuestión de los intereses, no sólo de los que debe abonar la aseguradora o la avalista integrados en su obligación de devolver las cantidades con ese incremento, por disposición legal, sino también, en el caso de las garantías otorgadas bajo la forma de seguro de caución, por aplicación de la indemnización de los intereses moratorios del art. 20 LCS en caso de retraso en el abono de la indemnización por la aseguradora.

Respecto a los primeros, en el recurso que está en la base de la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 enero de 2013 (AC 2013, 876), la avalista impugnaba el interés recogido en el contrato (el 6%, que era el que establecen el art. 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio y el art. 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1968), y pedía la aplicación del modificado y fijado posteriormente por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación [el interés legal del dinero vigente hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, tal y como establece la Disp. Adic. Primera, c) de la citada Ley], motivo que rechaza la Sala: “En el contrato principal, de línea de avales, se puso el 6%, estando en vigor la Disposición Adicional Primera mencionada, a la que pudo acomodarse o ajustarse aquél. Ahora bien, como no se hizo así, ha de estarse al interés determinado en el contrato principal, pues es un interés pactado, admisible conforme al art. 1.255 Código Civil; es el tipo acordado expresamente entre avalista y avalado, a favor del tercero beneficiario; y aun cuando la Disposición Adicional Primera tenga carácter preceptivo, no prohíbe el abono de un interés superior; no impide que la voluntad de las partes pacten un interés que comprenda el legal, estableciendo uno superior -hay un contenido mínimo legal que debe salvarse-, de modo que, los avales individualizados, no pueden contradecir las condiciones pactadas en el contrato principal del que traen causa. En consecuencia, procede mantener el interés del 6% estimado, de conformidad con el aval principal pactado, por tanto, consentido por la entidad financiera, a la que vincula -ex arts. 1.091 y 1.257 Código Civil-, con capacidad para conocer las condiciones pactadas, su fundamento y alcance. La alegación de la utilización, por mimetismo, de un modelo de aval anterior, no empece a la aplicación de lo pactado, pues sería un error solo imputable a la parte que lo origina y alega, y en su falta de diligencia, que no puede oponer a la otra parte contratante, y menos al tercero beneficiario de su estipulación”.

En cuanto a los segundos, la STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931) aplica el art. 20 LCS, porque considera que no había causa justificada en la que la aseguradora pudiera amparar la negativa al pago en los tres meses siguientes a la comunicación del siniestro: “Es más, su comportamiento para con la cooperativa y sus socios demandantes, pretendiendo dar por resuelto unilateralmente el contrato e incluso tenerlo por nulo intentando devolver las primas, revela una voluntad manifiesta de no querer cumplir sus obligaciones como asegurador una vez que el riesgo cubierto se realizó”. En este caso, la aseguradora argumentó, además, que el art. 20 LCS no podía aplicarse en su contra por ser el seguro litigioso un seguro por grandes riesgos de los mencionados en el art. 107.2, b) LCS, que permite a las partes la libre elección de la ley aplicable. Para el Tribunal Supremo, esta alegación no conduce a consecuencia práctica alguna porque no se precisa qué ley sería aplicable en lugar de la LCS y porque las condiciones generales de la póliza global redactadas por la propia aseguradora, comienzan así, en letra negrita: “El presente contrato se rige por lo dispuesto en la ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro...”. A estas razones le añadimos nosotros otra, de gran importancia, y es el hecho de que, al tratarse de un seguro obligatorio, a pesar de, por su clase, ser el seguro de un gran riesgo, debe necesariamente regirse por la ley española, conforme al art. 107.1, b) LCS, que establece que la ley española sobre contrato de seguro será la aplicable siempre que el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española, lo que significa que, aunque se trate de un contrato de seguro de grandes riesgos, su naturaleza obligatoria lleva a excluir la posibilidad de elección de otra ley⁴⁶.

3.3. Las mecanismos de protección en sede concursal

La existencia de una garantía o un seguro de las cantidades entregadas a cuenta tiene su repercusión en caso de concurso.

3.3.1. Las medidas de garantía en caso de concurso de la cooperativa

Si la cooperativa es declarada en concurso y no continúa su actividad, por lo que no prosigue la construcción de las viviendas, o entra en liquidación, se produce el hecho que desencadena la aplicación de los mecanismos de garantía que las Leyes declaran obligatorios. De tal manera, el socio podrá dirigirse contra el avalista o el asegurador para reclamar su reintegro.

⁴⁶ Nos hemos ocupado de esta cuestión, a la luz del Derecho vigente y del previsto en el Anteproyecto de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014, en M. J. MORILLAS JARILLO, “Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581-2 del Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1556-1590. URI: <http://hdl.handle.net/10016/20940>.

En la medida en que el socio sea resarcido, el garante o el asegurador se subrogarán en la posición del socio como acreedores por los importes hechos efectivos al mismo (art. 87.6 LCONC). Este precepto establece que, en la calificación de los créditos, “se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que respondan al acreedor o al fiador”. Si consideramos al cooperativista como titular de un crédito subordinado, en cuanto que titular de, al menos, un 10% del capital social de la cooperativa y sobre la base de interpretar que las aportaciones a cuenta de la construcción entran en la categoría de “préstamos o actos con análoga finalidad” a los que se refiere el art. 92.5º LCONC, debería calificarse de esta misma forma el crédito del avalista o asegurador subrogado en la posición del socio tras el pago a éste⁴⁷.

Como cuestión añadida, se plantea la posible insinuación en el concurso de la cooperativa del crédito futuro de la aseguradora o la avalista para el caso de que abonen a los asegurados o beneficiarios el importe de las cantidades a cuenta y la calificación de tal crédito. Tal caso es el que se debate en la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17 de mayo de 2013 (JUR 2013, 208477), en el que la aseguradora demandante impugna la lista de acreedores al solicitar que su “potencial” derecho frente a la concursada (esto es, el derecho de reembolso que nacería de la condena judicial a indemnizar a los cooperativistas) se califique de “crédito potencial contra la masa”. Para la Sala, “(E)sta última categoría resulta desconocida en nuestro régimen concursal. En él no caben créditos contra la masa sometidos a contingencia. Tal posibilidad solo se admite respecto de los créditos concursales, como “supuestos especiales de reconocimiento” (artículo 87 LCONC)”. Cosa distinta es que, respecto a los créditos concursales, sí que quepa considerar que el fiador o avalista titulan un crédito contingente, tal y como admite la STS (Sala de lo Civil) de 8 de julio de 2014 (RJ 2014\3731).

Si las garantías no se hubieran concertado, podría entrar en juego la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se ingresaban las aportaciones de los socios, en los términos del art. 1 Ley 57/1968, y contra ella podría dirigirse el cooperativista y sería ésta quien, afrontada dicha responsabilidad, se subrogaría tras el pago en los derechos del socio resarcido. Sostienen esta responsabilidad, entre otras, la SAP de Burgos (Sección 2ª) de 20 de junio de 2012 (JUR 2012, 252851), la SAP de Burgos (Sección 2ª) de 25 de octubre de 2012 (JUR 2012, 403197), la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 157980) y la SAP de Burgos (Sección 3ª) de 27 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 50358). Para estas Sentencias, la expresión “bajo su responsabilidad” que aparece en el art. 1.2º, in fine de la Ley, significa que la entidad financiera debe exigir en el momento de la apertura de la cuenta o depósito la existencia del aval. Si no lo exige, o si abre

⁴⁷ Sobre esta cuestión, A. B. PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 81-95.

la cuenta a pesar de constarle su falta de existencia, habrá de responder de las consecuencias perjudiciales que se siguen para la persona que hizo el ingreso y que, en definitiva, hubiera sido el beneficiario de la garantía: “No quiere decir que sea la entidad financiera la que deba proceder a avalar la devolución de las cantidades; pues avalista puede ser cualquier entidad que reúna los requisitos establecidos en la condición primera. Tampoco la responsabilidad se sigue necesariamente por la mera apertura de la cuenta sin aval, pues la responsabilidad surgirá cuando el comprador quiera que le devuelvan su dinero. Pero si, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, esta no puede hacerse por falta de garantía, habrá de responder la entidad bancaria en la que se hizo el ingreso. Por eso es posible abrir sin aval la cuenta donde se ingresan los anticipos, pero será a riesgo de la entidad financiera, lo que significa la frase «bajo su responsabilidad»”.

3.3.2. Las medidas de garantía en el concurso del socio

El cooperativista de vivienda, persona física o persona jurídica, puede ser declarado en concurso. La Administración Concursal, en caso de suspensión de las facultades del deudor, o el propio cooperativista, en caso de intervención, podrá ejercitar sus derechos como avalado o asegurado si la cooperativa no lleva a buen fin la construcción de las viviendas (art. 40 LCONC). Las cantidades abonadas por la avalista o la aseguradora pasarán a engrosar la masa activa del concurso del socio cooperativista (art. 76 LCONC).

4 BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- AGUILAR GARCÍA, M., “Las cooperativas de viviendas: disposiciones comunes y específicas”, *Revista de Derecho Notarial*, n.º 716 abril-junio, 1972, pp. 7-64.
- AZPIAZU MONTEYS, A., *Guía jurídica de la Cooperativa de viviendas*, Ed. Fausí, Barcelona, 1987.
- DE CODES DÍAZ-QUETCUTI, L., “EXPOSICION JORNADAS FORO HUESCA NOVIEMBRE 2010”, http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005341_Sesi%F3n%20IV.pdf, pp. 245-260.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., *La gestión económica de la cooperativa: responsabilidad de los socios*, Tecnos- Confederación de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Madrid, 1997.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., “La masa activa y pasiva en el concurso de cooperativas”, AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo II, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, Unicaja, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Cajasur, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 5235-5280.
- FAJARDO GARCÍA, I. G., “La promoción de la vivienda cooperativa y el papel de la administración local”, www.uv.es/cidec/documents/DocViviendas/Promocion_%20vivienda.pdf, pp. 1-15.

- FAJARDO GARCÍA, G. I., “Consecuencias jurídicas de la variación del precio final de la vivienda cooperativa”, *CIRIEC España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 3, mayo, 1992, pp. 277-282.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., “La adjudicación de la vivienda al socio”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, R. A. (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 141-156.
- FERREIRO MARTÍNEZ, I. y CALVO VIDAL, I. A., “El régimen de las promociones y el de las cantidades entregadas a cuenta por los socios en la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, R. A. (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 115-129.
- GÓMEZ APARICIO, A. P., *Análisis de los aspectos financieros de la Sociedad Cooperativa de Viviendas en España*, Dirección General de Empleo, Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Acceder una vivienda en tiempos de crisis”, www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/23/2009/23-2009-1.pdf, pp. 1-18.
- GONZÁLEZ TAUSZ, R., “Las cooperativas de viviendas de responsabilidad limitada no existen”, *REVESCO*, n.º 67, 1999, pp. 89-122.
- HIPÓLITO LANCHÁ, F., “El derecho constitucional a una vivienda digna, el antes y el después. Beneficios y limitaciones de viviendas de protección oficial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 47-71.
- LAMBEA RUEDA, A., *Cooperativas de viviendas*, 3ª ed., Comares, Granada, 2012.
- LAMBEA RUEDA, A., “Código de conducta en el sector de cooperativas de viviendas. Normas de buenas prácticas empresariales de las empresas gestoras de cooperativas (GECOPI)”, *REVESCO*, n.º 108, 2012, pp. 59-85.
- MANRIQUE ROMERO, F. y RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO, J. M., “La cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, *Revista de Derecho Notarial*, núms. 109-110, julio-diciembre, 1980, pp. 29-155.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J., “La relación cooperativizada entre la sociedad cooperativa y sus socios: naturaleza y régimen jurídicos”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 25, 2005-2, pp. 203-234.
- MERINO HERNÁNDEZ, S., “Cooperativas de viviendas”, en PEINADO GRACIA, J. I. (Dir.), *Tratado de Derecho de Cooperativas*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1393-1421.
- MILÀ RAFEL, R., *Promoción Inmobiliaria, Autopromoción y Cooperativas de Viviendas. Obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MORILLAS JARILLO, M. J., “Las normas sobre el contrato del seguro como ley general imperativa: límites y excepciones, en particular, la referida a los seguros de grandes riesgos. Una aproximación al art. 581-2 del Anteproyecto de Código Mercantil”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1556-1590. URI: <http://hdl.handle.net/10016/20940>.

- MORILLAS JARILLO, M. J., “Las aportaciones del cooperativista a cuenta de la construcción de la vivienda”, en GARBAYO BLANCH, J. (Dir.), *Afección del derecho concursal en el sector inmobiliario*, Aranzadi (en prensa).
- ORTIZ RODRÍGUEZ, J., “Sección 3ª. De las cooperativas de viviendas. Arts. 89 a 92”, en *Cooperativas. Comentarios a la Ley 27/1999, de 16 de julio*, I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 645-668.
- PAZ CANALEJO, N., “Artículo 129”, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDESA, Madrid, 1994, pp. 676-690.
- PERDICES HUETOS, A. B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- QUIRALTE, P., “Reclamación por la cooperativa al socio de las aportaciones para el pago de la vivienda (I)”, *La Sociedad Cooperativa, Publicación Quincenal, CISS*, n.º 23, 1997, pp. 1-3.
- TATO PLAZA, A., “As cooperativas de viviendas e a condición de promotor”, en BOTANA AGRA, M. y MILLÁN CALENTI, R. A. (Coords.), *As Cooperativas de Viviendas no Marco da Lei 5/1998 de Cooperativas de Galicia*, Centro de Estudios Cooperativos (CECOPP)-Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2007, pp. 59-73.
- VARGAS VASSEROT, C., *La Actividad Cooperativizada y las Relaciones de la Cooperativa con sus Socios y con Terceros*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de reembolso del socio en caso de baja y el concurso de las sociedades cooperativas”, *CIRIEC España, Revista jurídica de economía social y cooperativa*, n.º 21, diciembre, 2010, pp. 37-58.
- VICENT CHULIÁ, F., “El régimen económico de la cooperativa en la nueva ley de 19 de diciembre de 1974”, *REVESCO*, núms. 36, 37 y 38, mayo 1975-abril 1976, pp. 157-183-.
- VICENT CHULIÁ, F., “Artículo 71”, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDESA, Madrid, 1994, pp. 160-202.
- VICENT CHULIÁ, F., “Artículo 81”, en PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, F., *Ley General de Cooperativas*, en SÁNCHEZ CALERO, F. y ALBALADEJO, M. (Dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, T. XX, vol. 3º, EDESA, Madrid, 1994, pp. 301-314.
- VILLALUENGA RODRÍGUEZ, R., “Cooperativas de viviendas y responsabilidad patrimonial”, en *Las cooperativas de viviendas en España. Desafíos de presente y futuro*, Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila, Ávila, 2003, pp. 165-175.

Referencias jurisprudenciales:

- STS (Sala de lo Civil) de 27 enero 1986 (RJ 1986, 334)
- STS (Sala de lo Civil) de 13 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1249)
- STS (Sala de lo Civil) de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986, 411)
- STS (Sala de lo Civil) de 20 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1212)

STS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1672)
STS (Sala de lo Civil) de 17 de abril de 1990 (RJ 1990, 2720)
STS (Sala de lo Civil) de 28 de enero de 1991 (RJ 1991, 9808)
STS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1991 (RJ 1991, 4522)
STS (Sala de lo Civil) de 7 de enero de 1992 (RJ 1992, 151)
STS (Sala de lo Civil) de 22 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4277)
STS (Sala de lo Civil) de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803)
STS (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1714)
STS (Sala de lo Civil) de 19 de octubre de 2005 (RJ 2006, 1958)
STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931)
STS (Sala de lo Civil) de 8 de julio de 2014 (RJ 2014\3731)
SAP de Alicante (Sección 6ª) de 26 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 350515)
SAP de Burgos (Sección 2ª) de 20 de junio de 2012 (JUR 2012, 252851)
SAP de Burgos (Sección 2ª) de 25 de octubre de 2012 (JUR 2012, 403197)
SAP de Burgos (Sección 3ª) de 21 de enero de 2013 (AC 2013, 876)
SAP de Burgos (Sección 3ª) de 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 157980)
SAP de Burgos (Sección 3ª) de 27 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 50358)
SAP de Madrid (Sección 28ª) de 17 de mayo de 2013 (JUR 2013, 208477)
Auto AP de Madrid (Sección 9ª) de 26 septiembre 2013 (JUR 2014, 95866)
SAP de Madrid (Sección 9ª) de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014, 2640)
SAP de Madrid (Sección 14ª) de 5 de marzo de 2014 (JUR 2014, 113691)
SAP de Madrid (Sección 18ª) de 7 de julio de 2014 (JUR 2014, 243391)
SAP de Madrid (Sección 10ª) de 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 234526)
SAP de Madrid (Sección 9ª) de 22 de julio de 2014 (AC 2014, 1857)
SAP de Málaga (Sección 4ª) de 5 septiembre de 2013 (JUR 2013, 375419)
SAP de Murcia (Sección 4ª) de 20 noviembre de 1999 (AC 1999, 2570)
Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Madrid de 17 de diciembre de 2013 (JUR 2014, 67549).