



Roj: STS 4496/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4496  
Id Cendoj: 28079119912013100020  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 991  
Nº de Recurso: 281/2013  
Nº de Resolución: 540/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN  
Tipo de Resolución: Sentencia

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO**

**Presidente Excmo. Sr. D.Francisco Marín Castán**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº: 540/2013**

**Fecha Sentencia** : 13/09/2013

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL**

**Recurso Nº** : 281/2013

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimando

**Votación y Fallo:** 18/07/2013

**Ponente Excmo. Sr. D.** : Francisco Marín Castán

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Madrid

**Secretaría de Sala** : Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

**Escrito por** : KSR

**SEGURO DE CAUCIÓN, COOPERATIVA DE VIVIENDAS Y LEY 57/1968:** Póliza global que garantiza las cantidades anticipadas por los cooperativistas incluso aunque la construcción no haya comenzado; rechazo de la tesis del "tramo I" y el "tramo II". Prevalencia de las condiciones particulares de la póliza, que garantizaban el "buen fin" de la promoción, sobre los certificados individuales, que decían no garantizar el buen fin ni la entrega de las viviendas. Carácter imperativo de la Ley 57/1968, peculiaridades de su aplicación a las cooperativas de viviendas y reafirmación por la LOE. Intereses del art. 20 LCS : procedencia. **JUECES Y TRIBUNALES:** La imparcialidad es una garantía esencial del proceso que se configura legalmente mediante las causas de abstención y recusación. **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL:** Error patente en la valoración de la prueba documental; se aprecia.

**CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL Num.:** 281/2013

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Francisco Marín Castán

**Votación y Fallo:** 18/07/2013

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Civil**

**PLENO****SENTENCIA Nº: 540/2013**

Excmos. Sres.:

**D. Francisco Marín Castán****D. José Ramón Ferrándiz Gabriel****D. José Antonio Seijas Quintana****D. Antonio Salas Carceller****D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Ignacio Sancho Gargallo****D. Francisco Javier Orduña Moreno****D. Rafael Sarazá Jimena****D. Sebastián Sastre Papiol**

En la Villa de Madrid, a trece de Septiembre de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por los demandantes D. Modesto , D. Teodoro , D<sup>a</sup>. Sara , D. Juan Miguel , D<sup>a</sup>. Aurora , D<sup>a</sup>. Felicidad , D. Bruno , D. Ezequiel , D. Jorge , D. Rafael , D. Jose Miguel , D<sup>a</sup> Rita , D. Alexis , D. Cornelio , D. Geronimo , D<sup>a</sup>. Ascension , D<sup>a</sup>. Fermina , D<sup>a</sup>. Noelia , D. Nemesio , D<sup>a</sup>. María Rosario , D<sup>a</sup>. Debora , D. Jose Carlos , D. Abelardo , D<sup>a</sup>. Marina , D<sup>a</sup>. Vicenta , D. Cristobal , D. Gervasio , D<sup>a</sup>. Clara , D<sup>a</sup>. Leocadia , D. Nazario , D<sup>a</sup>. Tatiana , D. Virgilio , D<sup>a</sup>. Carlota , D. Alexander , D. Darío , D<sup>a</sup>. Leticia , D. Hernan , D<sup>a</sup>. Virginia , D. Paulino , D. Jose Enrique , D. Arturo , D<sup>a</sup>. Eufrasia , D. Felipe , D<sup>a</sup>. Rafaela , D<sup>a</sup>. Amelia , D<sup>a</sup>. Estrella , D. Matías , D. Torcuato , D<sup>a</sup>. Pura , D<sup>a</sup>. Ángela , D. Agapito , D. Eleuterio y D<sup>a</sup>. Josefina , representados ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Marta Cendra Guinea, contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2012 por la Sección 14<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 320/2012 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 1431/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, sobre reclamación de cantidad por seguro de caución de cooperativa de viviendas. Ha sido parte recurrida la compañía ASEFA, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS, representada ante esta Sala por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- El 30 de julio de 2010 se presentó demanda interpuesta por D. Modesto , D. Teodoro , D<sup>a</sup>. Sara , D. Juan Miguel , D<sup>a</sup>. Aurora , D<sup>a</sup>. Felicidad , D. Bruno , D. Ezequiel , D. Jorge , D. Rafael , D. Jose Miguel , D<sup>a</sup> Rita , D. Alexis , D. Cornelio , D. Geronimo , D<sup>a</sup>. Ascension , D<sup>a</sup>. Fermina , D<sup>a</sup>. Noelia , D. Nemesio , D<sup>a</sup>. María Rosario , D<sup>a</sup>. Debora , D. Jose Carlos , D. Abelardo , D<sup>a</sup>. Marina , D<sup>a</sup>. Vicenta , D. Cristobal , D. Gervasio , D<sup>a</sup>. Clara , D<sup>a</sup>. Leocadia , D. Nazario , D<sup>a</sup>. Tatiana , D. Virgilio , Carlota , D. Alexander , D. Darío , D<sup>a</sup>. Leticia , D. Hernan , D<sup>a</sup>. Virginia , D. Paulino , D. Jose Enrique , D. Arturo , D<sup>a</sup>. Eufrasia , D. Felipe , D<sup>a</sup>. Rafaela , D<sup>a</sup>. Amelia , D<sup>a</sup>. Estrella , D. Matías , D. Torcuato , D<sup>a</sup>. Pura , D<sup>a</sup>. Ángela , D. Agapito , D. Eleuterio y D<sup>a</sup>. Josefina contra la compañía ASEFA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS solicitando se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada:

*"A) A que se abone a mis representados las cantidades reseñadas en el cuadro referido a continuación por el importe principal de las mismas, por la prestación indemnizatoria debida a la cobertura del seguro de caución referido, de acuerdo con el siguiente detalle:*

**Demandantes DNI Demandantes DNI Principal de la Reclamación Carpeta Documental****Nº**

Modesto NUM000 114.690,30 1

Teodoro NUM002 Sara NUM001 114.690,30 2

Juan Miguel NUM003 114.690,35 3

Aurora NUM004 114.690,30 4



Felicidad NUM005 114.690,30 5  
Bruno NUM006 84.690,30 6  
Ezequiel NUM007 114.690,30 7  
Jorge NUM008 87.175,04 8  
Rafael NUM009 87.175,04 9  
Jose Miguel NUM010 Rita NUM011 114.690,30 10  
Alexis NUM012 114.690,30 11  
Cornelio NUM013 114.690,30 12  
Geronimo NUM014 114.690,30 13  
Ascension NUM015 124.690,30 14  
Fermina NUM016 114:690,30 15  
Noelia NUM017 Nemesio NUM018 114.690,30 16  
María Rosario NUM019 114.690,30 17  
Debora NUM020 110.229,71 18  
Jose Carlos NUM021 41.500,00 19  
Abelardo NUM022 114.690,30 20  
Marina NUM023 114.690,30 21  
Vicenta NUM024 42.500,00 23  
Cristobal NUM025 114.690,30 24  
Gervasio NUM026 93.187,87 25  
Clara NUM027 106.769,08 26  
Leocadia NUM028 114.690,30 27  
Nazario NUM029 113.189,08 28  
Tatiana NUM030 114.690,30 29  
Virgilio NUM031 114.690,30 30  
Carlota NUM032 Alexander NUM033 114.690,30 31  
Darío NUM034 87.345,15 32  
Leticia NUM035 114.690,30 33  
Hernan NUM036 42.500,00 34  
Virginia NUM037 114.690,30 35  
Paulino NUM038 114.690,30 36  
Jose Enrique NUM039 114.690,30 37  
Arturo NUM040 Eufrasia NUM041 114.690,30 38  
Felipe NUM042 114.690,30 39  
Rafaela NUM043 114.690,30 40  
Amelia NUM044 40.000,00 41  
Estrella NUM045 114.690,30 42  
Matías NUM046 114.690,00 43  
Torcuato NUM047 114.690,30 44

Pura NUM048 114.690,30 45  
Ángela NUM049 114.690,35 46  
Agapito NUM050 107.040,03 47  
Eleuterio NUM051 114.690,30 48  
Josefina NUM052 114.690,30 49

*B) Que se satisfagan los intereses legales de las cantidades reseñadas anteriormente desde la fecha de ingreso de las cantidades anticipadas por parte de los demandantes al tomador del seguro, JARDINES DE VALDEBEBAS, SCM, hasta la fecha de su abono, y los intereses del art. 20 LCS, desde el conocimiento, por la demandada, del siniestro hasta la satisfacción del crédito, y*

*C) Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales".*

**SEGUNDO** .- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, dando lugar a las actuaciones nº 1431/2010 de juicio ordinario, y emplazada la demandada, ésta compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con condena en costas a los demandantes.

**TERCERO** .- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada- juez sustituta del mencionado Juzgado dictó sentencia el 31 de octubre de 2011 con el siguiente fallo: "*Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> MARTA CENDRA DE GUINEA en nombre y representación de D. Modesto ; D. Teodoro y D<sup>a</sup> Sara ; D. Juan Miguel ; D<sup>a</sup> Aurora , D<sup>a</sup> Felicidad , D. Bruno ; D. Ezequiel , D. Jorge , D. Rafael , D. Jose Miguel Y D<sup>a</sup> Rita ; D. Alexis ; D. Cornelio ; D. Geronimo , D<sup>a</sup> Ascension ; D<sup>a</sup> Fermina ; D<sup>a</sup> Noelia Y D. Nemesio ; D<sup>a</sup> María Rosario , D<sup>a</sup> Debora ; D. Jose Carlos , D. Abelardo ; D<sup>a</sup> Marina , D<sup>a</sup> Vicenta ; D. Cristobal ; D. Gervasio ; D<sup>a</sup> Clara ; D<sup>a</sup> Leocadia ; D. Nazario ; D<sup>a</sup> Tatiana ; D. Virgilio ; D<sup>a</sup> Carlota Y D. Alexander , D. Darío ; D<sup>a</sup> Leticia ; D. Hernan ; D<sup>a</sup> Virginia ; D. Paulino ; D. Jose Enrique , D. Arturo Y D<sup>a</sup> Eufrasia , D. Felipe ; D<sup>a</sup> Rafaela ; D<sup>a</sup> Amelia ; D<sup>a</sup> Estrella ; D. Matías , D. Torcuato ; D<sup>a</sup> Pura ; D<sup>a</sup> Ángela , D. Agapito ; D. Eleuterio Y D<sup>a</sup> Josefina contra ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA) representada por el Procurador de los Tribunales D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA condeno a la parte demandada ASEFA S.A. SEGUROS Y REASEGUROS (ASEFA) a:*

*A) Que abone las siguientes cantidades a:*

- D. Modesto la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Teodoro y D<sup>a</sup> Sara la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Juan Miguel la cantidad de 114.690, 30 euros.
- D<sup>a</sup> Aurora la cantidad de 114.690, 30 euros.
- D<sup>a</sup> Felicidad la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Bruno la cantidad de 84.690,30 euros.
- D. Ezequiel la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Jorge la cantidad de 87.175,04 euros.
- D. Rafael la cantidad de 87.175,04 euros.
- D. Jose Miguel Y D<sup>a</sup> Rita la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Alexis la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Cornelio la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Geronimo la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Ascension la cantidad de 124.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Fermina la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Noelia Y D. Nemesio la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> María Rosario la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Debora la cantidad de 110.229,71 euros.

- D. Jose Carlos la cantidad de 41.500 euros.
- D. Abelardo la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Marina la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Vicenta la cantidad de 42.500 euros.
- D. Cristobal la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Gervasio la cantidad de 93.187,87 euros.
- D<sup>a</sup> Clara la cantidad de 116.769,08 euros.
- D<sup>a</sup> Leocadia la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Nazario la cantidad de 113.189,08 euros.
- D<sup>a</sup> Tatiana la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Virgilio la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Carlota Y D. Alexander la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Darío la cantidad de 87.345,15 euros.
- D<sup>a</sup> Leticia la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Hernan la cantidad de 42.500 euros.
- D<sup>a</sup> Virginia la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Paulino la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Jose Enrique la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Arturo Y D<sup>a</sup> Eufrasia la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Felipe la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Rafaela la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Amelia la cantidad de 40.000 euros.
- D<sup>a</sup> Estrella la cantidad de 114.690.30 euros.
- D. Matías la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Torcuato la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Pura la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Ángela la cantidad de 114.690,30 euros.
- D. Agapito la cantidad de 107.040,03 euros.
- D. Eleuterio la cantidad de 114.690,30 euros.
- D<sup>a</sup> Josefina la cantidad de 114.690.30 euros.

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

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

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

**CUARTO** .- Interesada la aclaración de la sentencia por ambas partes, la misma magistrada-juez dictó auto el 28 de noviembre de 2011 con la siguiente parte dispositiva: "*Se aclara la sentencia de 31 de octubre de 2.011 en su FALLO APARTADO A),*

1º.- donde dice: - D. Teodoro y D<sup>a</sup> Sara la cantidad de 114.690,30 euros. Debe decir: D. Teodoro Y D<sup>a</sup> Sara la cantidad de 114.690,35 euros.



- Donde dice: - D<sup>a</sup> Clara la cantidad de 116.769,08 euros. Debe decir: D<sup>a</sup> Clara la cantidad de 106.769,08 euros.

- Donde dice: - D<sup>a</sup> Ángela la cantidad de 114.690,30 euros. Debe decir: D<sup>a</sup> Ángela la cantidad de 114.690,35 euros.

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

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

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

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

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

*No ha lugar al resto de aclaraciones solicitadas".*

**QUINTO** .- Interpuesto por la parte demandada recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, formulada impugnación añadida por la parte demandante y tramitados el recurso y la impugnación en actuaciones nº 320/2012 de la Sección 14<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 31 de octubre de 2012 con el siguiente fallo:

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

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

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

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

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

**SEXTO** .- Anunciados por la parte demandante recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, el tribunal sentenciador los tuvo por preparados y, a continuación, dicha parte los interpuso ante el propio tribunal. El recurso extraordinario por infracción procesal se articulaba en dos motivos amparados en el art. 469.1-4º LEC y fundados en infracción del art. 24 de la Constitución : el primero por infracción del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías a causa de la falta de imparcialidad de dos de los tres magistrados componentes del tribunal sentenciador (apdo. 2 del citado art. 24), y el segundo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al existir un pronunciamiento arbitrario, ilógico e irrazonable acerca del desconocimiento de la fecha de comienzo de las obras ( apdo. 1 del mismo art. 24). Y el recurso de casación se articulaba en ocho motivos: el primero por infracción del art. 1 de la Ley 57/1968 ; el segundo por infracción de la disposición adicional 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación ; el tercero por aplicación indebida del art. 5.1 del Real Decreto 515/1998 ; el cuarto por aplicación indebida del art. 114 del Real Decreto 2114/1968 ; el quinto por aplicación indebida del art. 1 D) del Real Decreto 2028/1995 ; el sexto por infracción del art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro ; el séptimo por infracción del art. 1281 del Código Civil en relación con su art. 1282; y el octavo por infracción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

**SÉPTIMO** .- En el propio escrito de interposición de los recursos se solicitaba, al amparo del art. 471 LEC , la práctica de prueba acerca de la infracción procesal denunciada en el motivo primero.

Las pruebas propuestas, todas documentales, eran las siguientes: a) que se tuvieran por reproducidos los documentos acompañados con el propio escrito, consistentes en acta notarial de comprobación del contenido de páginas de Internet de "quecedoabogados" y copias de otras páginas de Internet, del Boletín Oficial del Estado publicando una sentencia del Tribunal Constitucional, de una página del diario ABC con la esquila de D<sup>a</sup> Casilda y de una página de Internet sobre D<sup>a</sup> Ruth ; b) que se oficiara a la Agencia Estatal de Administración Tributaria para que se remitieran certificaciones sobre la facturación durante los ejercicios de 2007 a 2012, ambos inclusive, entre el despacho "Quecedo Abogados" y/o D. David y la compañía ASEFA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, según las declaraciones fiscales presentadas en su momento; y c) testimonio de lo actuado en el incidente de recusación del magistrado D. Tomás en el recurso de apelación dimanante del procedimiento de ejecución de títulos no judiciales nº 1156/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid.

También se interesaba, en relación con el motivo segundo del recurso por infracción procesal, que se tuviera por reproducido el documento nº 2 acompañado en su día con la contestación a la demanda.

**OCTAVO** .- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, los recursos fueron admitidos por auto de 21 de mayo del corriente año.

**NOVENO** - La parte demandada-recurrída presentó escrito de oposición impugnando todos los motivos de ambos recursos y solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente. A este escrito acompañaba, "a título ilustrativo", copia del auto dictado por la Sección 18<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el incidente de recusación a que se refería el apdo. c) de las pruebas propuestas por la parte recurrente. También se oponía a las pruebas propuestas por la parte recurrente en el apartado b), alegando la parte recurrida que nunca había negado que D. David le hubiera prestado servicios profesionales como abogado. Finalmente, manifestaba adherirse a la prueba solicitada por la parte recurrente en el apartado c).

**DÉCIMO** .- Por providencia de 21 de junio del corriente año se tuvo por formulada la oposición a los recursos y se nombró nuevo ponente al que lo es en este trámite.

**UNDÉCIMO** .- Por auto de la misma fecha se denegó la prueba propuesta por la parte recurrente en el apartado b), es decir, las certificaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; se admitió la prueba documental propuesta en el apartado c) y a la que se había adherido la parte recurrida, esto es, el testimonio del incidente de recusación, y se tuvieron por reproducidos los documentos acompañados con el escrito de interposición de los recursos, referidos en el apartado a), y el documento nº 2 de la contestación de la demanda.

**DUODÉCIMO** .- Por providencia de 24 de junio del corriente año se acordó someter los recursos al conocimiento del Pleno de los magistrados de la Sala que se celebraría el 18 de julio siguiente para su votación y fallo, ratificándose la designación de ponente en el que lo es en este trámite.

**DECIMOTERCERO** .- El 18 de julio del corriente año tuvo lugar la votación y fallo de los recursos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Marín Castán** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Objeto del litigio y de los recursos* .

El litigio causante de los presentes recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, versa sobre si un contrato de seguro de caución celebrado entre una compañía de seguros y una cooperativa madrileña de viviendas garantizaba o no, para el caso de ni tan siquiera llegar a iniciarse la construcción, la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas.

La controversia de fondo se centró en si dicho contrato de seguro era de los previstos con carácter obligatorio en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/68), y en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), tesis de los cooperativistas demandantes, o por el contrario se trataba de un seguro voluntario, de los conocidos en la práctica aseguradora como "de Tramo I", que únicamente garantizaba que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinaran a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, tesis de la aseguradora demandada.

La sentencia de primera instancia, acogiendo la tesis de los demandantes, estimó la demanda salvo en su petición de indemnización fundada en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS); la

sentencia de segunda instancia, en cambio, acogió la tesis de la aseguradora demandada y, en consecuencia, desestimó totalmente la demanda.

Los presentes recursos se interponen, pues, por los cooperativistas demandantes. El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos, alegándose en el primero la falta de imparcialidad del tribunal de segunda instancia y aduciéndose en el segundo la arbitrariedad y la falta de lógica y razón de una determinada declaración de hechos de la sentencia recurrida. El recurso de casación, por su parte, se articula en ocho motivos, los siete primeros dedicados a reafirmar la tesis de fondo de los demandantes-recurrentes, y el octavo, no tanto un verdadero motivo de casación cuanto una alegación para el caso de que procediera estimar alguno o varios de los precedentes, dedicado a sostener la procedencia de aplicar el art. 20 LCS .

#### **SEGUNDO** .- *Resumen de antecedentes* .

1.- El 11 de junio de 2007 se constituyó la sociedad cooperativa de viviendas denominada "Jardines de Valdebebas, Sociedad Cooperativa Madrileña" (en adelante "la cooperativa") y regida por los preceptos, principios y disposiciones de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, estableciendo el art. 2 de sus estatutos que la actividad económica que la cooperativa iba a desarrollar para el cumplimiento de su objeto social era "*procurar exclusivamente a sus socios viviendas o locales, edificaciones e instalaciones complementarias*" y que, para el cumplimiento de su objeto social, la cooperativa podía "*adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios*".

2.- Ninguno de los tres socios fundadores, que desembolsaron el capital social de 1.806'00 euros mediante el ingreso de este importe en una cuenta de la cooperativa, aportó cantidad alguna para adquirir una vivienda, pero los tres, constituidos en asamblea general universal, nombraron el órgano de administración de la cooperativa, constituido por un consejo rector del que uno fue nombrado presidente, otro vicepresidente y el otro secretario.

3.- El mismo día 11 de junio de 2007 el presidente del consejo rector, actuando en nombre de la cooperativa, celebró un contrato de arrendamiento de servicios con la compañía mercantil "Gesteco Estudios y Promociones S.L." (en adelante *Gesteco* ) para que esta llevara a cabo los servicios de gestión de la cooperativa con total independencia, comprendiendo, entre otras áreas de actuación, la captación de suelo, la captación de socios y el encargo de proyectos y dirección de obras, y fijándose, como honorarios de *Gesteco* , el 10% de la totalidad del gasto-pago que llevara a cabo la cooperativa para el cumplimiento de sus fines.

4.- Para su labor de captación de socios *Gesteco* hizo una "*Guía del socio cooperativista de viviendas*" mencionando, entre las garantías de las cooperativas gestionadas por ella, tanto el ingreso de las aportaciones de los socios en una cuenta bancaria especial y bloqueada como el aseguramiento de las mismas por la compañía de seguros ASEFA S.A. Esta guía se entregaba a los interesados en adquirir una vivienda junto con una "*Guía de adhesión*" que, en el apartado titulado "*Cantidades aseguradas por ASEFA S.A.*" , mencionaba una póliza individual de carácter obligatorio, según ley, y cuyo coste era a cuenta del socio.

5.- El 22 de noviembre de 2007 la cooperativa contrató con "Asefa, S.A. de Seguros y Reaseguros" (en adelante *Asefa* ), la póliza global nº 09/2007/31, en la modalidad de seguro de caución, con vencimiento el 31 de marzo de 2011, siendo *Asefa* el asegurador, la cooperativa el tomador del seguro y, asegurado, la persona física o jurídica que, en caso de incumplimiento de las obligaciones del tomador, tendría derecho a la indemnización establecida en la póliza. Las condiciones particulares de esta identificaban además a *Gesteco* como sociedad gestora y describían el tipo de riesgo como "*SEGUROS DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DEL BUEN FIN DE LOS ANTICIPOS DE LOS COOPERATIVISTAS DE LA PROMOCIÓN, 120VRL+50 VPP ÁMBITO URBANÍSTICO VALDEBEBAS. US 4.01*" . También hacían remisión a unas condiciones especiales mediante la fórmula "*VER CONDICIONES ESPECIALES AL DORSO*" . Estas consistían en unas "*CONDICIONES ESPECIALES COOPERATIVAS*" que, en esencia, exigían el ingreso de todas las cantidades entregadas por los asegurados, es decir por los socios cooperativistas, en una cuenta especial cuyos fondos se destinarían exclusivamente a las necesidades de financiación de la promoción inmobiliaria y que sería intervenida y controlada por *Asefa* , cuyo consentimiento también era necesario para resolver o modificar el contrato de prestación de servicios entre la cooperativa y *Gesteco* .

6.- Para cumplir el requisito del ingreso de las cantidades en una cuenta especial ya se había abierto previamente una cuenta a nombre de la cooperativa en la entidad "Caja Duero", que la consideró sujeta a la Ley 57/68, de cuyos fondos no se podía disponer sin la previa autorización de la aseguradora *Asefa* . A esta cuenta se hacía referencia expresa en las condiciones particulares de la póliza global.



7.- Además, el 23 de noviembre de 2007, es decir un día después de la fecha de la póliza, la entidad "Caja Madrid" certificó que en una de sus sucursales figuraba también abierta una cuenta a nombre de la cooperativa con las mismas restricciones que la anterior y sujeta igualmente al tratamiento especial de la Ley 57/68.

8.- Por otra parte, Asefa giró a la cooperativa, en la misma fecha que la póliza, una factura por importe de 11.832'00 euros, IVA incluido, como "GASTOS DE INTERVENCIÓN, SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA CUENTA CORRIENTE ESPECIAL" abierta en "Caja Duero". El referido importe tenía como base la cantidad de 60'00 euros por cada vivienda de la promoción

9.- Las personas que luego serían demandantes se fueron incorporando a la cooperativa mediante un contrato por cada vivienda, con su plaza de garaje y trastero, denominado "CONTRATO DE ADHESIÓN Y ADJUDICACIÓN PROVISIONAL CON DERECHOS DE SUELO PARA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y GARAJE DE JARDINES DE VALDEBEBAS S. COOP. MD". Cada contrato contenía un "DESGLOSE DEL PLAN DE PAGOS PROVISIONAL", especificaba que las viviendas y plazas de garaje que promovía la cooperativa estaban en los terrenos sitos en el ámbito urbanístico US-4.1 Ciudad Aeroportuaria-Parque de Valdebebas, Madrid, y advertía que la fecha en la que la cooperativa conocería la verdadera situación concreta de las parcelas sobre las que podrían construirse las viviendas sería el momento de la adjudicación de las parcelas resultantes por la Junta de Compensación. Además, en la estipulación XII de cada contrato se hacía constar que las cantidades entregadas por el socio quedarían inmovilizadas e intervenidas por una compañía de seguros y reaseguros en la cuenta especial bloqueada de "Caja Duero" hasta la entrega de cantidades para la "señalización del suelo", la escrituración notarial de los terrenos, los gastos que comportaba la urbanización u otras necesarias para el proceso de desarrollo y realización de la promoción, aceptando el socio que sus datos se pudieran trasladar a la compañía de seguros "a los solos efectos de controlar la situación económica de la promoción que se garantiza con la póliza global y la individual de caución".

10.- Después de la incorporación de los socios interesados en una vivienda mediante dichos contratos de adhesión, Asefa remitió a casi todos ellos un "CERTIFICADO DE SEGURO" referido a la póliza global, especificando como "CAPITAL ASEGURADO" la cantidad total entregada por cada uno de ellos e identificando como cuentas especiales las ya mencionadas de "Caja Duero" y "Caja Madrid", pero indicando también que "[e]l presente Certificado de Seguro de Caución 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". En su párrafo último se explicaba que el certificado estaría vigente hasta su devolución al asegurador o hasta la emisión, por parte de Asefa, de "la póliza individual de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta a favor del Asegurado".

11.- Al cabo de poco más de dos años desde la constitución de la cooperativa quedó de manifiesto la inviabilidad de la promoción, y el 19 de enero de 2010 se comunicó el siniestro a Asefa por insolvencia de la cooperativa, a lo que Asefa respondió que quedaba cancelado el seguro de caución por haber cambiado de gestora la cooperativa ( Urbagesa en vez de Gesteco ) pese a que un mes antes Asefa había dado instrucciones a esa nueva gestora sobre la autorización de pagos con cargo a las cuentas especiales. Además, el 24 de febrero de 2010 Asefa hizo un ingreso de 8.511'70 euros en la cuenta de la cooperativa como extorno de las primas a consecuencia de la resolución unilateral de la póliza por la propia Asefa, pero la cooperativa se negó a aceptar dicho ingreso.

12.- El 13 de mayo de 2010 se presentó la solicitud de la declaración de concurso de la cooperativa, con un pasivo de 35.905.113'40 euros según la documentación que se adjuntaba, y el 7 de julio siguiente se dictó auto declarando el concurso por insolvencia de la cooperativa. Según el informe de la administración concursal, la principal causa de la insolvencia había sido la inadecuada gestión de la cooperativa, en especial "[l]a política de adquisición de suelo bruto a un alto precio (por encima del mercado)", lo que, amén de constituir una práctica inusual en el sector de las cooperativas de viviendas, "supuso la asunción de cuantiosos pasivos que, además, se incrementaban como consecuencia de los costes de urbanización y honorarios de intermediarios -los cuales se abonaban, en algunos casos, a más de un intermediario por la misma operación, lo que también resulta inusual-, así como los propios y millonarios honorarios facturados por la gestora de la Cooperativa o por sociedades vinculadas a la misma o a sus socios y administradores".

13.- El 30 de julio de 2010 se interpuso la demanda del presente litigio contra Asefa por 52 personas en relación con 48 viviendas, ya que algunos de los contratos de adhesión y adjudicación de cada vivienda fueron suscritos por dos personas. En la demanda se pedía la condena de Asefa a pagar a los demandantes, como "prestación indemnizatoria debida a la cobertura del seguro de caución", las cantidades respectivamente anticipadas, la mayoría de 114.690'30 euros, siendo la más alta de 124.690'30 euros y la más baja de 40.000'00

euros y sumando en total 5.067.441'60 euros. También se pedía la condena de Asefa a pagar los intereses legales de las respectivas cantidades desde la fecha de su ingreso y a pagar los intereses del art. 20 LCS desde el conocimiento del siniestro por Asefa .

14.- La demandada Asefa contestó a la demanda oponiéndose totalmente a la misma, en esencia por entender que la póliza global de seguro de caución no garantizaba el buen fin de la promoción sino únicamente que las cantidades ingresadas en las cuentas especiales no se dedicaran a fines ajenos a la cooperativa, y en consecuencia pedía la íntegra desestimación de la demanda.

**TERCERO** .- *Sentencia de primera instancia* .

La sentencia de primera instancia, como se ha indicado ya en el fundamento jurídico primero, estimó la demanda salvo en su pretensión relativa a los intereses del art. 20 LCS . En consecuencia, condenó a Asefa a indemnizar a los demandantes en las cantidades respectivamente anticipadas, descartando las que cada uno hubiera percibido, en su caso, en el procedimiento concursal, incrementadas con el interés legal desde su ingreso en las cuentas de la cooperativa. En cuanto a las costas, no se las impuso especialmente a ninguna de las partes.

Fundamentos de este fallo fueron, en esencia, los siguientes:

1.- El tipo de riesgo descrito en las condiciones particulares de la póliza era el *"el buen fin"* de las aportaciones o anticipos de los cooperativistas, y *"es obvio que este 'buen fin' solo se consigue si la promoción inmobiliaria... llega a concluirse, con la edificación y entrega de las viviendas a los socios cooperativistas, objeto social de la entidad e incuestionable intención de quienes se adhieren a la misma como socios"* .

2.- Por tanto, el riesgo asegurado en la póliza se daba *"cuando los anticipos de los cooperativistas no han alcanzado ese 'buen fin', lo que está indisolublemente vinculado a la indisponible garantía de devolución de las cantidades anticipadas contemplada en el art. 1 de la ley 57/68 para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido"*.

3.- En el estudio del riesgo por la propia aseguradora, aportado por esta como documento nº 2 de su contestación a la demanda, la *"operación solicitada"* se describía como *"seguros de buen fin para la promoción"* .

4.- En los contratos de adhesión suscritos por los demandantes se describían las características de las correspondientes viviendas y plazas de garaje, *"por lo que está claro cuál era el fin último de la adhesión a la cooperativa para el demandante, y el destino de sus aportaciones anticipadas, y, atendiendo a ello, tiene derecho a que se constituya a su favor una garantía de la devolución de las mismas para el caso de incumplimiento por parte de la promotora del plazo o de la obligación de entrega de las viviendas, lo que, sin duda, se hizo a través de la póliza global 09/2007/31"* .

5.- El contenido de los certificados individuales, alterando las condiciones particulares de la póliza al excluir el buen fin, pretendía modificar el objeto del contrato introduciendo una limitación de los derechos del asegurado no consentida por este como exige el art. 3 LCS .

6.- La garantía de devolución de las cantidades anticipadas es una *"exigencia rigurosa de la Ley 57/68"* que determina una interpretación favorable a su finalidad protectora, de modo que no podía tener efectos la resolución unilateral de la póliza por Asefa después de que se le comunicara la insolvencia de la cooperativa.

7.- En contra de la indeterminación de fechas alegada por Asefa para defender que el seguro era de los "de Tramo I", el documento nº 2 de los aportados con su contestación a la demanda, elaborado por la propia Asefa , incluía una fecha prevista para el inicio de las obras (junio de 2009), una fecha prevista para su finalización (diciembre de 2010) y una fecha prevista para la entrega de las viviendas (marzo de 2011), incluida también en la oferta de seguro de caución y coincidente con la fecha de vencimiento de la póliza.

8.- La personación de los demandantes en el procedimiento concursal de la cooperativa no les privaba de su derecho a la indemnización sino que, en su caso, el importe de la indemnización se reduciría en aquello que percibieran en el procedimiento concursal. Del mismo modo, Asefa , cuya personación en el procedimiento concursal se había denegado por inexistencia de crédito alguno a su favor, podría personarse en el mismo una vez hubiera pagado a los demandantes.

9.- Los intereses legales eran procedentes en virtud de la disposición adicional primera de la LOE como norma especial, *"sin que sea de aplicación el art. 20 de la LEC "* (entiéndase LCS, es decir, Ley de Contrato de Seguro).

10.- Las costas no se imponían a ninguna de las partes *"dada la estimación parcial de la demanda"* .

**CUARTO** .- *Sentencia de segunda instancia.*

La demandada Asefa interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para que se desestimara totalmente la demanda, y los demandantes formularon impugnación añadida para que se aplicara en contra de dicha aseguradora el art. 20 LCS y se le impusieran las costas de la primera instancia.

La sentencia de segunda instancia, estimando totalmente el recurso de la aseguradora demandada y sin examinar por tanto la impugnación de los demandantes, revocó totalmente la sentencia apelada para, en su lugar, desestimar íntegramente la demanda, aunque sin imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de las instancias.

Fundamentos del fallo son, en esencia, los siguientes:

1.- En principio, la solución adoptada por la sentencia de primera instancia podría mantenerse con base en la exposición de motivos y el art. 1 de la Ley 57/68 , ya que los demandantes entregaron las respectivas cantidades antes de la construcción, y a esto se uniría, de un lado, *"la ambigüedad de las condiciones generales de la póliza"* , que al definir el riesgo se limitaban a copiar la LCS, y, de otro, los certificados de "Caja Duero" y "Caja Madrid", ya que ambos se referían a cantidades adelantadas al amparo de la Ley 57/68.

2.- Sin embargo, la cuestión debía examinarse *"más profundamente"* porque el *"paquete normativo"* del contrato de seguro comprende, además de sus condiciones generales, las particulares y las especiales, estas últimas *"muy restrictivas"* .

3.- *"En las condiciones particulares no se habla para nada de la Ley 57/68. Al definir el tipo de riesgo se dice que es seguro de caución en garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas de la promoción"* , y a estas condiciones *"se deben unir las especiales de cooperativas que de forma muy clara dicen que su objeto no es el de la Ley 57/68, sino el de garantizar que las cantidades entregadas se destinen exclusivamente para atender las necesidades de financiación de la promoción ya citada"* .

4.- El último documento del seguro *"es el certificado individual"* , ya *"mucho más preciso"* al añadir que *"no asegura el buen fin de la promoción, ni la entrega de las viviendas, ni otras cantidades entregadas que no lo hayan sido a través de la cuenta especial"* .

5.- En función de todo lo anterior *"podemos decir que el seguro no era el de la Ley 57/68; era otro tipo de seguro distinto"* , y esto pese al suplemento de aclaración de la póliza emitido por Asefa el 15 de diciembre de 2008 (documento nº 72 de la demanda), pues en el mismo *"no se habla de la entrega de las viviendas sino del buen fin de las cantidades entregadas"* .

6.- Del contenido de la Ley 57/68 podría deducirse que la obligación de asegurar nace con la misma promoción de viviendas y desde el momento mismo de la fundación de la Cooperativa, *"[p]ero esta afirmación no nos convence, porque es dejar indeterminado el día inicial del contrato de seguro, fundamental a la hora de definir el riesgo"* .

7.- El examen de la normativa sobre garantía de las cantidades anticipadas enseñaba que es necesario *"un día inicial fijado de forma precisa"* . Así, el art. 3 de la Ley 57/68 supedita la opción del cesionario de una vivienda por la rescisión del contrato con devolución de cantidades o por la concesión de una prórroga a la expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar; del art. 5 del RD 515/1989 , dictado para la protección de los consumidores en la compra de viviendas y no derogado por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, se deduce que la fecha a partir de la cual deben entenderse exigibles las garantías de la Ley 57/68 coincide con la construcción ya iniciada, *"o al menos configurada en sus aspectos esenciales aunque la obra no haya comenzado"* ; lo mismo sucede con el art. 114 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/68, en el que se fija como día inicial de la obligación de asegurar *"el periodo de construcción, entendiéndose por tal desde que se otorga la calificación provisional"* ; y otro tanto se deduce, en fin, del art. 1 D) del RD 2028/95 , que en materia de cooperativas de viviendas obliga a garantizar las cantidades anticipadas *"a partir de la calificación provisional"* .

8.- En definitiva, *"la obligación de asegurar la percepción de las cantidades para responder del buen fin de las viviendas al amparo del art. 1 de la Ley 57/68 , es desde la calificación provisional"* , y por tanto *"el seguro que nos ocupa no es de esa clase"* .



9.- Por otra parte, el contrato de adhesión a la cooperativa "no se parece en nada a los contratos de venta sobre plano", cuyas características obligarían a concertar el seguro desde la fecha de calificación provisional de las viviendas; en cambio, de los contratos de adhesión de los demandantes se desprendería que ni tan siquiera se habían comprado los terrenos ni el proyecto estaba redactado. En consecuencia, también desde este punto de vista cabía concluir que el seguro contratado no era el de la Ley 57/68 sino un seguro distinto, "tan distinto como que la cláusula 12ª dice cuál era el destino de las cantidades aseguradas; suelo, gastos notariales, proyecto, etc., pero no dice que sean las entregadas para la construcción, que son a las que se refiere la Ley 57/68".

10.- De cuanto antecede resultaba que "el seguro concertado es el Tramo I, cuya finalidad es de controlar que las cantidades ingresadas se destinen al fin de la promoción; a la compra de los terrenos, su titulación, la redacción del proyecto, y cuyo riesgo no es la insatisfacción del adquirente de la vivienda por falta de iniciación de las obras o no terminarlas a tiempo: se asegura el buen fin del gasto necesario para las fases preparatorias". Esto es así porque mientras el seguro de la Ley 57/68 cubre el riesgo de que la obra no se empiece o no se termine por causa imputable al promotor o al constructor, el seguro aquí examinado, en cambio, no podía cubrir esas contingencias porque "aún no se sabe cuál es el suelo ni se tiene el proyecto de obra que defina las viviendas ni se conoce, ni aun por aproximación, cuándo podrá comenzar la obra, ni se tienen licencias administrativas, ni calificación de la promoción, ni nada de nada. Solo hay una idea con un desarrollo muy embrionario".

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

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

13.- Así pues, como en el caso enjuiciado no hubo desviación de fondos, por más que la gestión de compra del suelo fuera "discutida y discutible", había de concluirse que el seguro no garantizaba las cantidades anticipadas por los cooperativistas, porque aun siendo obvio que "las viviendas no podrán construirse", también lo es que "las pólizas individuales de cada cooperativista" no dicen que el seguro sea de los de la Ley 57/68, "y en el ámbito de la causalidad eficiente el fracaso de la promoción no se debe a incumplimiento del promotor o constructor, causa próxima prevista por la Ley 57/68, sino a la propia cooperativa, causa remota no contemplada".

### **RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL**

**QUINTO** .- Motivo primero: el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en concreto la de ser juzgado por un tribunal imparcial.

Este motivo, formulado al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), se funda en infracción del art. 24.2 de la Constitución "por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, debida a una falta de imparcialidad de los Ilmos. Sres. Magistrados D. Tomás y D. Norberto, consecuencia de sus relaciones de parentesco con dos letrados que mantienen con la demandada, ASEFA, una relación de arrendamiento de servicios profesionales)".

Según su desarrollo argumental, la parte demandante-recurrente tuvo conocimiento, "[p]oco después de serle notificada la Sentencia recurrida", de que en dos de los tres magistrados que habían integrado el tribunal sentenciador de segunda instancia, concretamente los dos mencionados anteriormente, concurrían circunstancias objetivas que evidenciaban su falta de imparcialidad para juzgar sobre la apelación de Asefa, pues un hermano de D. Tomás, presidente del tribunal y ponente de la sentencia, era titular del despacho "Quecedo Abogados", especializado en seguros de caución, y había defendido a Asefa en diversos asuntos, y los dos hermanos Tomás David tenían a su vez una hermana casada con D. Baltasar, hermano del magistrado integrante del tribunal sentenciador D. Norberto, resultando que una sobrina carnal tanto de los dos magistrados como del abogado referidos, Dª Ruth, trabajaba en el despacho "Quecedo Abogados".

A los anteriores argumentos, que resumen la esencia del motivo, la parte recurrente añade los siguientes: 1) Según la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la imparcialidad judicial exigible no debe identificarse con la neutralidad en el ánimo interno del juez, sino con



"la ausencia de datos externos y objetivos de los que se pueda racionalmente inferir alguna sospecha de parcialidad", de modo que "la apariencia de imparcialidad se convierte en elemento legitimador del ejercicio de la función jurisdiccional"; 2) de acuerdo con el principio de mayor efectividad de los derechos fundamentales la jurisprudencia viene reconociendo la necesidad de una interpretación teleológica de las causas de abstención y recusación previstas en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (auto de 1 de octubre de 1997 de la Sala especial del Tribunal Supremo del art. 61 de dicha Ley Orgánica y sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 y 30 de noviembre de 2001); 3) el Tribunal Constitucional, por su parte, viene reconociendo "implícitamente" que, "junto a la lista de causas recogidas en el artículo 219 LOPJ, tiene autonomía propia la recusación que se formula en virtud del art. 24. 2 CE que reconoce el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial y alejado de los intereses de las partes en litigio (cfr. SSTC 151/2000, de 12 de junio; 154/2011, de 2 de julio; 39/2004, de 22 de marzo; 41/2005, de 28 de febrero; y 143/2006, de 8 de mayo, entre otras)"; 4) interpretando el art. 219 LOPJ "de manera teleológica", el magistrado D. Tomás incurrió en la causa de abstención 2ª de dicho artículo, por ser pariente consaguíneo en segundo grado del abogado defensor de Asefa en varios procedimientos, y en la causa 10ª del mismo artículo, "pues al menos le era achacable un posible interés indirecto en que la sentencia beneficiara a ASEFA", cliente habitual del despacho de su hermano; 5) por su parte el magistrado D. Norberto incurrió en la causa de abstención 10ª del art. 219 LOPJ, por ese mismo interés indirecto a favor del despacho en el que trabajaba su sobrina carnal y que era dirigido por el cuñado de su hermano; 6) la composición del tribunal influyó en su decisión, porque si en la sentencia no hubieran participado los dos magistrados referidos "el sentido del fallo de apelación podría haber sido diferente", máxime cuando "toda la jurisprudencia recaída hasta la fecha mantenía la tesis jurídica contraria a la que, finalmente, sostuvo la sentencia hoy recurrida"; 7) la parte recurrente no pudo denunciar la infracción antes de dictarse la sentencia recurrida porque, en principio, "siempre ha confiado en la profesionalidad de los jueces y magistrados", de modo que, solo ante la extrañeza que le produjo la sentencia, "sospechó que algo extraño había ocurrido" y, emprendiendo "una pequeña indagación a través de Internet" durante las dos primeras semanas de enero de 2013, pudo comprobar las circunstancias concurrentes en los dos magistrados referidos, que se vieron confirmadas al tener conocimiento de un incidente de recusación promovido en otro asunto diferente; 8) en cuanto a las consecuencias de la estimación del motivo, como este afecta únicamente a la sentencia, lo procedente sería, conforme a la disposición final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que esta Sala dicte nueva sentencia teniendo en cuenta los motivos del recurso de casación.

Así planteado, el motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1ª) Ante todo debe puntualizarse que la estimación del motivo no comportaría la consecuencia propuesta por la parte recurrente, sino la anulación de la sentencia recurrida y la reposición de las actuaciones de segunda instancia al momento, necesariamente anterior a cuando se dictó dicha sentencia, en el que quedó determinada la composición del tribunal de segunda instancia. Esto es así porque la disposición final 16ª LEC, reguladora de un «[r]égimen transitorio en materia de recursos extraordinarios» que no puede menos que calificarse de anómalo si se considera que la LEC entró en vigor hace ya más de doce años, establece la consecuencia que propone la parte recurrente cuando se «estimase producida una vulneración del art. 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia», pero no cuando, como en este caso, la vulneración alegada habría sido anterior, más relacionada con el motivo de infracción procesal del ordinal 3º del art. 469.1 LEC («[i]nfracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso») que con lo de su ordinal 2º («[i]nfracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia»), siendo esta última la que, según la disposición final 16ª LEC, siempre da lugar, de ser estimado el correspondiente motivo, a que esta Sala dicte nueva sentencia, lo que por otra parte ha tenido que ser matizado en algunas ocasiones por la jurisprudencia p. ej. SSTs 25-6-12, 18-6-12, 21-1-12 y 3-11-09).

En el presente caso, al constar en las actuaciones de segunda instancia que el recurso de apelación y la impugnación añadida se turnaron el 3 de abril de 2012 a la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid (folio 1), de la que los dos magistrados referidos formaban parte como titulares; que el siguiente día 22 se designó ponente al magistrado D. Tomás (diligencia de ordenación de la misma fecha, folio 345); que el 25 de mayo de 2012 dicha Sección 14ª, integrada no solo por el magistrado D. Tomás sino también por el magistrado D. Norberto, dictó un auto denegando una prueba propuesta por Asefa (folios 350 a 352); que el 3 de septiembre de 2012 la misma sección, con idéntica composición, dictó otro auto desestimando el recurso de reposición interpuesto por Asefa contra el de 25 de mayo (folios 395 y 396); y en fin, que el 19 de septiembre de 2012 se dictó providencia (folio 400) señalando "para deliberación, y en su caso, VOTACIÓN Y FALLO" del asunto el siguiente día 17 de octubre, en la que figuraban los dos magistrados cuestionados y que se notificó a la parte hoy recurrente el 26 de septiembre de 2012 (folio 403), es indudable que la alegada

vulneración del art. 24 de la Constitución , de haberse producido, no afectaría "sólo" a la sentencia recurrida, como exige la disposición final 16ª LEC para que se proceda como propone la parte recurrente, pues antes de dictarse la sentencia recurrida, cuya fecha es el 31 de octubre de 2012, el mismo tribunal que la dictó ya había dictado otras resoluciones en el mismo asunto y uno de los dos magistrados cuestionados ya había sido designado ponente, por lo que, de concurrir las causas de abstención propuestas en este motivo, se tendrían que haber apreciado, como muy tarde, al dictarse el primero de los referidos autos.

A lo anteriormente razonado se une que la solución propuesta en el motivo determinaría la completa supresión de una de las dos instancias, consecuencia que la jurisprudencia de esta Sala rechaza incluso en determinados casos de estimación de recursos de casación como contraria a la posición institucional del Tribunal Supremo y a la configuración del proceso civil, por regla general, en dos instancias (p. ej SSTS 30-11-11 , 10-6-11 , 1-2-11 y 29-4-09 , esta última de Pleno).

En suma, si se estimara el presente motivo la consecuencia tendría que ser la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo la designación del ponente o, como muy tarde y toda vez que los autos de mayo y septiembre de 2012 fueron favorables a la parte hoy recurrente y no a Asefa , al momento inmediatamente anterior a dictarse la sentencia recurrida, el del señalamiento para deliberación, votación y fallo, porque lo esencial siempre sería que volviera a dictarse sentencia de segunda instancia por un tribunal imparcial.

2ª) En cuanto a la materia de fondo del motivo, ninguna duda cabe de que la imparcialidad del juez unipersonal o de los jueces colegiados es la garantía más importante de todas las que cabe imaginar para el ciudadano que, ejerciendo el derecho fundamental que le reconoce el apdo. 1 del art. 24 de la Constitución , pretende obtener la tutela judicial efectiva del juez ordinario predeterminado por la ley y en un proceso público con todas las garantías, como la Constitución también le reconoce en el apdo. 2 del mismo art. 24 . Es más, hasta tal punto esto es así que cuando la Constitución se refiere al «Juez ordinario predeterminado por la ley» (art. 24.1), a «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1) o a «los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes» (art. 117.3), sin mencionar expresamente la imparcialidad, debe entenderse que esta se omite no porque sea menos importante que, por ejemplo, la independencia o la inamovilidad, sino, antes al contrario, porque se trata de una garantía tan obvia o evidente que necesariamente hay que darla por supuesta, siquiera sea por la elemental consideración de que un juez parcial, solamente por ser parcial, dejará de estar sometido al imperio de la ley por más que sus conocimientos técnicos le permitan aparentar que no es así mediante una motivación de sus resoluciones aparente o formalmente correcta.

En definitiva, cuando un ciudadano acude a los tribunales lo primero que espera y tiene derecho a esperar es que quien ha de juzgar su caso sea imparcial. Por esta razón la garantía de imparcialidad del juez sí aparece expresamente reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, de conformidad con los cuales han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce ( art. 10 de la Constitución ); así, en el art. 10 de la Declaración Universal de los derechos Humanos de 1948 («Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial...»), en el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...») o en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 («Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial...»). Y debe entenderse que por la misma razón el Tribunal Constitucional, ya en su sentencia 145/1988, de 12 de julio , declaró que entre las garantías del proceso ( art. 24.2 de la Constitución ) «debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 CE », doctrina que se reitera en otras sentencias posteriores que realzan la importancia de la imparcialidad como garantía esencial p. ej SSTS 60/1995, de 17 de marzo , y 38/2003, de 27 de febrero ).

3ª) Sucede, sin embargo, que la garantía de imparcialidad se asegura en nuestro ordenamiento jurídico mediante las causas de abstención, y en su caso recusación, enumeradas en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), con carácter taxativo ( SSTS 14-6-91 y 20-1-96 y STC 138/94 ) porque, de admitirse que cualquier sospecha de parcialidad del juez o tribunal manifestada por una parte litigante debe ir seguida de la abstención, se estaría vulnerado otro derecho fundamental, el de la parte contraria al juez

ordinario predeterminado por la ley, y a su vez el juez que se abstuviera podría incurrir en responsabilidad disciplinaria, pues el art. 418.5 de la misma Ley Orgánica tipifica como falta grave «[l]a abstención injustificada, cuando así sea declarada por la Sala de Gobierno».

4ª) Lo anterior no significa que las causas de abstención enumeradas en el art. 219 LOPJ no puedan ser interpretadas, como el contenido de cualquier otra norma, pero sí que la superación de su estricta literalidad habrá de guardar el debido equilibrio entre los derechos fundamentales en conflicto, el de la parte que cuestiona la imparcialidad y el de las demás partes al juez ordinario predeterminado por la ley, que a su vez es inamovible conforme al art. 117.1 de la Constitución para garantizar su independencia.

5ª) De aplicar las anteriores razones al caso examinado y de valorar las pruebas admitidas por esta Sala en relación con el presente motivo se sigue que ninguno de los dos magistrados cuestionados estaba incurso en causa de abstención.

El magistrado D. Tomás no incurría en la causa de abstención 2ª del art. 219 LOPJ («El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa») porque si bien es cierto que concurría la relación de parentesco por consanguinidad dentro de dicho grado con el titular del despacho "Quecedo Abogados", no lo es menos que, como la propia parte recurrente admite, no concurría la otra circunstancia exigida de forma acumulativa por la norma, es decir, que tal relación se diera con el letrado de cualquiera de las partes del presente litigio.

En cuanto a la otra causa de abstención, la 10ª del mismo art. 219 («Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa»), ni el magistrado D. Tomás ni el magistrado D. Norberto incurrían en ella por la sola circunstancia de que en el despacho "Quecedo Abogados", del que era titular un hermano de D. Tomás y en el que trabajaba como abogada una sobrina carnal de ambos magistrados, hubiera defendido a la aseguradora Asefa en otros litigios diferentes, porque el «interés indirecto», que es el que se alega en este motivo, no puede tener un ámbito tan extenso que imponga a todo juez o magistrado una indagación permanente de todos los asuntos encomendados a despachos de abogados dirigidos por familiares o en los que trabajen sus parientes para, así, poder abstenerse cuando resulte que una de las partes litigantes del pleito de que conozcan fue, ha sido, es o será defendida por ese despacho, indagación tanto menos exigible cuanto mayores sean la población y la actividad económica y comercial concentradas en la circunscripción donde el juez o magistrado ejerzan su función jurisdiccional, cual es el caso de la provincia de Madrid, circunscripción territorial de su Audiencia Provincial y de las Secciones de esta.

6ª) Finalmente, la alegación de la parte recurrente de no haber conocido la concurrencia de las aducidas causas de abstención hasta que hizo *"una pequeña indagación a través de Internet"* después de serle notificada la sentencia recurrida, extrañada por el contenido desfavorable de la propia resolución, porque hasta entonces siempre había confiado en la profesionalidad de los jueces y magistrados, se compadece mal con la exigencia legal de que la recusación se proponga «tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde» ( art. 223.1 LOPJ ), porque estando orientado este requisito a impedir recusaciones puramente oportunistas, motivadas más por el hecho de que la sentencia haya sido desfavorable que por la propia concurrencia de la causa de abstención y la consiguiente salvaguardia de la garantía de imparcialidad, lo alegado por la propia parte recurrente demuestra que con una mínima diligencia, es decir haciendo antes de la sentencia la misma *"pequeña indagación"* por Internet que hizo después, habría podido recusar en tiempo a los dos magistrados cuya imparcialidad ha cuestionado ahora mediante el presente motivo por infracción procesal, sometido a su vez a la exigencia de que la infracción se denuncie tan pronto se produzca ( art. 469.2 LEC y SSTs 28-2-11 , 8-2-11 , 29-6-10 y 21-10-09 entre otras muchas).

**SEXTO** .- *Motivo segundo: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento judicial arbitrario, ilógico o irrazonable.*

Se formula este último motivo por infracción procesal al amparo también del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y citando como infringido el art. 24.1 de la Constitución .

Según su desarrollo argumental, la terminante declaración contenida en el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida acerca de la absoluta indeterminación de la fecha de comienzo de la obra ( *"... ni se conoce, ni aun por aproximación, cuándo podrá comenzar la obra..."* ) es arbitraria, ilógica e irrazonable porque la propia aseguradora demandada aportó con su contestación a la demanda, como documento nº 2, un informe de su departamento de caución, anterior a la firma de la póliza global, en el que como fecha de comienzo de la obra figuraba junio de 2009. En consecuencia se habría infringido también el art. 218.2 LEC , al no haberse ajustado la sentencia recurrida a las reglas de la lógica y la razón, y se darían las condiciones



exigidas por la jurisprudencia de esta Sala para denunciar el error patente o la arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Así planteado, el motivo debe ser estimado por las siguientes razones:

1ª) Como alega la parte recurrente, es jurisprudencia de esta Sala que el error patente o la arbitrariedad en la valoración de la prueba pueden ser materia del recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del ordinal 4º del art. 469.1 LEC y citando como infringido el art. 24 de la Constitución porque una valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica no superaría, conforme a la doctrina constitucional, el test de racionalidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTS 28-11-08 , 6-11-09 , 10-1-12 y 9-7-12 entre otras muchas).

2ª) Según esa misma jurisprudencia la valoración probatoria accede al recurso por infracción procesal solo excepcionalmente, por la vía antes indicada, y esta determina que para la admisión a trámite del motivo correspondiente no baste con alegar la arbitrariedad o que el error probatorio es patente, sino que será necesario, además, justificar tal alegación mediante el contraste de lo declarado por la sentencia con el resultado de una prueba determinada que desvirtúe tal declaración.

3ª) El presente motivo no solo cumple los referidos requisitos de admisión sino que, además, consigue demostrar el error patente denunciado porque, en verdad, la declaración de la sentencia recurrida acerca del total desconocimiento de la fecha de comienzo de las obras queda inmediatamente desmentida por el documento de contraste invocado, un informe elaborado por la propia aseguradora demandada, titulado "AVALES PARA SOCIEDADES COOPERATIVAS", aportado por la misma aseguradora como documento nº 2 de su contestación a la demanda, fechado el 17 de agosto de 2007 con modificaciones el 21 y el 24 de septiembre siguiente, es decir en cualquier caso antes de la fecha de la póliza global del seguro de caución, consistente en un muy detallado estudio de la solicitud de seguro de una correduría fechada el 2 de agosto de 2007, con información completada por la misma correduría el siguiente día 17, y en cuya página 7 consta lo siguiente:

*"Fecha de inicio de las obras: junio 09*

*Porcentaje actual de obra ejecutada: 0%*

*Fecha prevista finalización de obras: dic-10*

*Fecha entrega de las viviendas: mar-11"*

4ª) No es cierto, por tanto, la absoluta indeterminación ("*... ni aun por aproximación ...*") que como hecho probado declara la sentencia recurrida, porque el documento examinado prueba la constancia de datos que fueron considerados por la aseguradora demandada precisamente para valorar el riesgo, y esos datos, además, se corresponden con la fecha de vencimiento de la póliza según sus condiciones particulares: 31 de marzo de 2011, coincidente con la fecha prevista para la entrega de las viviendas.

5ª) El error probatorio es relevante, porque la declaración de hecho contenida en la sentencia impugnada y desmentida por el documento es uno de los argumentos principales para, según la propia sentencia, considerar que el seguro litigioso quedaba al margen de la Ley 57/68 y pertenecía a los denominados seguros "*de Tramo I*".

6ª) Finalmente, la estimación del motivo no supone dar prevalencia al documento examinado sobre los demás medios de prueba, como alega la demandada-recurrida en su escrito de oposición, sino, únicamente, afirmar una realidad tan manifiesta e incontrovertible como es que Asefa , al valorar el riesgo, lo hizo sobre la base de unas fechas previstas para el comienzo de las obras, para su finalización y para la entrega de las viviendas.

**SÉPTIMO** .- *Consecuencias de la estimación del motivo segundo.*

La parte recurrente, ateniéndose a la literalidad de la regla 7ª de la disposición final 16ª LEC , solicita, para el caso de estimarse el motivo segundo de su recurso extraordinario por infracción procesal, que se dicte nueva sentencia teniendo en cuenta, en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación.

Sin embargo, una interpretación de dicha regla ajustada a su finalidad, a la jurisprudencia de esta Sala sobre la vía adecuada para alegar el error patente en la valoración de la prueba y, sobre todo, a que el error apreciado es relevante pero no por sí solo determinante de la consideración del seguro litigioso como un seguro "*de Tramo I*" excluido del ámbito de la Ley 57/68, determina que lo procedente sea examinar los motivos del recurso de casación relativos a la naturaleza, régimen jurídico y cobertura del seguro litigioso



como tales motivos de casación y no como alegaciones que esta Sala deba valorar en funciones ya de órgano de instancia.

Procede, por tanto, resolver dichos motivos actuando esta Sala en funciones de tribunal de casación.

### **RECURSO DE CASACIÓN**

**OCTAVO** .- *Motivos que impugnan la sentencia de segunda instancia por considerar el seguro litigioso como "de Tramo I" y excluido del ámbito de la Ley 57/68.*

De los ocho motivos del recurso, siete se dedican a reafirmar, frente a la sentencia recurrida, que el seguro de caución documentado mediante la póliza global nº 09/2007/31, es decir el contrato celebrado entre la cooperativa y la demandada Asefa el 22 de noviembre de 2007, sí garantizaba a los cooperativistas las cantidades anticipadas por ellos incluso aunque la construcción no llegara a iniciarse. En definitiva, lo consideran incluido en el ámbito de la Ley 57/68, como un seguro obligatorio destinado precisamente a proteger, con carácter irrenunciable, a quienes, como los demandantes hoy recurrentes, pretendían acceder a la propiedad de una vivienda en régimen de cooperativa.

El motivo primero se funda en infracción del art. 1 de la Ley 57/68 por haber considerado la sentencia recurrida que dicho artículo no es aplicable a las cantidades de dinero entregadas al promotor de viviendas en las fases iniciales de la promoción y haber concluido que el seguro de caución litigioso no puede ampararse en el artículo de que se trata.

El motivo segundo se funda en infracción de la disposición adicional primera de la LOE por haberla considerado la sentencia no aplicable al seguro litigioso.

El motivo tercero se funda en aplicación indebida del art. 5.1 del Real Decreto 515/1989 por haber deducido del mismo la sentencia recurrida conclusiones contrarias a la disposición adicional primera de la LOE , norma posterior, del año 1999, y superior en rango. Por esta misma razón, el motivo cuarto se funda en aplicación indebida del art. 114 del Decreto 2114/1968 y el motivo quinto en infracción del art. 1.D) del Real Decreto 2028/1995 .

El motivo sexto se funda en infracción del art. 68 LCS porque la definición del seguro de caución contenida en la sentencia impugnada resulta contraria a su concepto legal.

Finalmente, el motivo séptimo se funda en infracción del art. 1281 en relación con el art. 1282, ambos del Código Civil , por no haber tenido en cuenta la sentencia recurrida cuál fue la intención evidente de los contratantes al determinar la naturaleza y contenido del seguro litigioso.

**NOVENO** .- *Regulación legal del seguro de caución y garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas.*

El seguro de caución aparece definido en el art. 68 LCS en los siguientes términos: "*Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurado deberá serle reembolsado por el tomador del seguro*". Esta norma debe ponerse en relación con otras de la propia LCS, en especial su art. 1 según el cual "*[e]l contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*"; y su art. 3, que en los incisos segundo y tercero de su párrafo primero dispone lo siguiente: "*Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito*".

En cuanto a las garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, la norma básica es la Ley 57/68, dictada, según su preámbulo, ante "*[l]a 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*". Estos ofrecimientos son los mencionados en el párrafo primero del propio preámbulo cuando constata que "*[e]s frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella*". Por eso, como finalidad de esta ley se declara la de "*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 esta no se lleve a cabo", de modo que "se estima necesario extender a toda clase de viviendas" las medidas de garantía que para las viviendas protegidas estableció el Decreto de 3 de enero de 1963 y se valora positivamente la jurisprudencia penal "al dar vida al denominado delito único, delito masa, ya que los actos que se realicen y afecten a la comunidad o convivencia social y al interés público son dignos de la mayor protección".

Compuesta en su origen de solamente siete artículos (hoy seis por la derogación de su art. 6 en 1995), dos disposiciones finales y una disposición adicional, y declarada expresamente vigente en 1984 por la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de ese año (apdo. 2.h. de su disposición derogatoria), interesa destacar, como más relevantes para la decisión del recurso, sus artículos 1, 2, 3, 5 y 7 cuyo contenido es el siguiente:

#### "Artículo 1

Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera.- Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

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

#### Artículo 2.

En los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo primero de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente:

a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el seis por ciento de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad.

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.

#### Artículo 3.

Expresado el plazo de iniciación de las obras de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

*Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente.*

*Artículo 5.*

*Será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice.*

*Artículo 7.*

*Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables".*

En su disposición adicional se autorizaba al gobierno para que por Decreto y en el plazo de seis meses se adaptaran los principios de la ley "que pudieren serles de aplicación a las comunidades y cooperativas de viviendas". Y en ejercicio de tal facultad se dictó el Decreto 3114/1968, de 12 de noviembre, compuesto también de solamente siete artículos y de los que interesa destacar, para la decisión del recurso, los artículos 1, 2, 3 y 4 cuyo contenido es el siguiente:

*" Artículo 1*

*Queda sometida a las disposiciones contenidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, la promoción para la construcción de viviendas que no sean de protección oficial por medio del denominado "régimen de comunidad".*

*A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, las normas del presente Decreto serán aplicables a las personas físicas o jurídicas que individualmente o agrupadas, siendo titulares de un solar o con opción de compra o promesa de venta sobre el mismo, pretenden la construcción de un edificio o conjunto de edificios, obteniendo para ello o para la adquisición del solar cantidades anticipadas de los comuneros, de los aspirantes a esta cualidad o de los adquirentes en régimen de propiedad horizontal obligándose a llevar a cabo tal construcción y adquisición, en su caso, y construir bien una comunidad de bienes o bien a someter el edificio, una vez construido, al régimen de propiedad horizontal regulado en la Ley 49/1960, de 21 de julio.*

*Artículo 2.*

*La garantía a que se refiere la condición primera del art. 1 de la Ley 57/68, será exigida a la persona física o jurídica que gestione la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciba las cantidades anticipadas, ya sea en calidad de propietaria del solar o como mandataria, gestora o representante de aquella o bien con arreglo a cualquier otra modalidad de hecho o de derecho, directamente o por persona interpuesta.*

*En los contratos de adhesión a la comunidad o al régimen de propiedad horizontal en los que se pacte la aportación de cantidades antes de iniciar la construcción o durante la misma se hará constar expresamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 57/68, de 27 de julio :*

*a) Que el gestor o gestores a que se refiere el primer párrafo de este artículo se obligan a la devolución de las cantidades percibidas más el 6% del interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos, que habrán de ser determinados en el contrato o no se obtenga la cédula de habitabilidad.*

*b) Referencia al aval o contrato de seguro a que se refiere la condición primera del art. 1 de la Ley 57/68, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.*

*c) Designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer la entrega por los adquirentes, comuneros o aspirantes a esta cualidad, de las cantidades que se hubiesen comprometido a aportar como consecuencia del contrato celebrado.*

*En el momento del otorgamiento del contrato a que se refiere el párrafo anterior, el gestor o gestores, definidos en el párrafo primero de este artículo, harán entrega al interesado del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser aportadas para la adquisición del solar y, en su caso, para la construcción del edificio.*

*Artículo 3.*



*En los textos de propaganda y publicidad de estas comunidades se hará constar expresamente que las aportaciones serán garantizadas conforme a lo dispuesto en este Decreto, con mención expresa de la Entidad garante, así como de la bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de ingresarse las citadas aportaciones.*

#### Artículo 4 .

*Las Cooperativas constituidas conforme a lo dispuesto en la Ley de dos de enero de mil novecientos cuarenta y dos y Reglamento de once de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, que construyan viviendas no acogidas a la legislación de «Viviendas de Protección Oficial», estarán sometidas a las normas de garantía establecidas en los artículos anteriores para las Comunidades, a cuyo efecto, las Juntas Rectoras garantizarán a todos y cada uno de los interesados la devolución del importe de sus aportaciones más el seis por ciento de interés anual, mediante aval bancario o contrato de seguro, para el supuesto que la construcción no se inicie o termine en los plazos señalados, debiendo hacer entrega del documento que acredite tal garantía individualizada en el momento que se exijan al socio cooperador cantidades para la adquisición del solar o para la construcción del edificio.*

*El aval bancario o contrato de seguro podrán ser sustituidos por certificación de garantía otorgada a favor de la Cooperativa por la «Obra Sindical de Cooperación», en cuyo caso esta Entidad Sindical asumirá las obligaciones a que se refiere la condición primera del artículo primero de la Ley cincuenta y siete mil novecientos sesenta y ocho de veintisiete de julio".*

Finalmente, la otra norma con rango de ley que se refiere a las garantías de las cantidades anticipadas es la disposición adicional primera de la LOE de 1999 , cuyo contenido es el siguiente:

*"La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/68, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:*

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

*b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/68 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.*

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

*d) Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del art. 6 de la citada Ley, se impondrán por las comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.*

#### **DÉCIMO** .- *Valoración de la Sala: estimación de los motivos.*

La regulación legal anteriormente expuesta, tanto del seguro de caución como de la garantía de las cantidades anticipadas para la adquisición de una vivienda, determina que los motivos primero al séptimo del recurso deban ser estimados por haber infringido la sentencia recurrida las normas citadas en los mismos.

La razón básica o fundamental es que el contrato de seguro de caución documentado en la póliza global de 22 de noviembre de 2007 describía el tipo de riesgo como "SEGUROS DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DEL BUEN FIN DE LOS ANTICIPOS DE LOS COOPERATIVISTAS DE LA PROMOCIÓN, 120 VRL+ 50 VPP ÁMBITO URBANÍSTICO VALDEBEBAS US 4.01" ( significando "VRL" viviendas de renta libre y "VPP" viviendas de protección pública), y por buen fin de los anticipos tan solo cabe entender, tanto en lenguaje jurídico como en lenguaje vulgar, la compra de los terrenos, el comienzo de las obras, su terminación y la entrega de las viviendas a los cooperativistas, quienes conforme al mismo contrato eran los asegurados, es decir los titulares del derecho a la indemnización, según el art. 68 LCS , en caso de incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales por el tomador, es decir la cooperativa.

Hasta tal punto es así que, incluso aunque se prescindiera de la Ley 57/68 y el seguro litigioso se considerase voluntario y no obligatorio, también los asegurados tendrían derecho a ser indemnizados por habérseles garantizado en el contrato, de forma clara, el buen fin de sus anticipos, buen fin que se reiteró por



Asefa , como tipo de riesgo, en el suplemento de aclaración de la póliza de 15 de diciembre de 2008 (doc. nº 72 de la demanda) que se emitió a causa de una modificación en el número de viviendas de renta libre y de protección pública de la promoción, que pasaron a ser 120 de protección pública y 50 de renta libre.

Por otra parte, el que los certificados individuales del seguro entregados a cada cooperativista dijeran no garantizar *"el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas"* es irrelevante, porque al ser unos documentos unilaterales, es decir elaborados por Asefa y carentes de otra parte como contratante, no podían alterar el contrato bilateral, documentado en la póliza, ni menos aún, evidentemente, limitar, en contra del principio recogido en el art. 3 LCS , los derechos de los asegurados. La limitación contenida en los certificados podrá ser un simple error o podrá ser una estratagema de la aseguradora en prevención de un futuro siniestro, pero resulta ineficaz contractualmente.

A la razón básica o fundamental expuesta hasta ahora, suficiente por sí sola para casar la sentencia recurrida al desvirtuar sus argumentos de que el certificado individual *"ya es mucho más preciso"* (FJ 3º) y de que *"las pólizas individuales de los cooperativistas"* , en realidad inexistentes porque no eran pólizas sino certificados, no decían que el seguro fuera de los comprendidos en la Ley 57/68 (FJ 6º), se unen las siguientes:

1ª) No es cierto, pese a que así lo considere la sentencia recurrida, que las condiciones de la póliza especiales para cooperativas digan *"de forma muy clara"* que el objeto del seguro *"no es el de la Ley 57/68"* (FJ 3º). Antes al contrario, la lectura de esas condiciones especiales, a las que se remiten las condiciones particulares mediante la fórmula *"VER CONDICIONES ESPECIALES AL DORSO"* , revela por sí sola que no hacen alusión alguna a la Ley 57/68, ni para incluir el seguro en su ámbito ni tampoco para excluirlo, y, además, que la aseguradora era perfecta conocedora de los contratos mediante los cuales se fueron incorporando los demandantes a la cooperativa, pues la condición especial 4ª establece que *"[l]a cantidad máxima garantizada a cada asegurado es la cifra consignada en los Certificados de Seguro de Caución, cifra que se obtiene a partir de la información contenida en los contratos de adhesión de los cooperativistas a la Cooperativa"* . Esto último, a su vez, se corresponde con otra característica más de los seguros obligatorios de la Ley 57/68, pues la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas dispuso, en su art. 4 , que en el condicionado general del contrato de seguro colectivo figurase como condición mínima, uniforme para todas las entidades aseguradoras, que: *"a) Formasen parte del seguro los respectivos contratos de cesión de viviendas, la redacción de los cuales, así como la de cualquier modificación de sus términos, ha de haberse sometido al propio conocimiento de la Entidad aseguradora"* .

2ª) El razonamiento de la sentencia recurrida acerca de que el siniestro era *"la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza"* es contrario a la estructura del seguro de caución resultante del art. 68 LCS , porque asegurarse frente a la *"indiligencia"* de la aseguradora equivale a que esta fuera aseguradora de sí misma y no de los cooperativistas frente a los incumplimientos de la cooperativa para con ellos.

3ª) Precisamente el dato de que la aseguradora, además de cobrar a cada asegurado la prima proporcional del seguro de caución, percibiera también una retribución por controlar y fiscalizar las cuentas especiales, como prestadora de un servicio aparte, demuestra por sí solo que el objeto del seguro no podía limitarse a esa labor fiscalizadora. Y buena prueba añadida de esto es que la aseguradora demandada eludió ese dato en su contestación a la demanda y luego ha tratado de justificarlo amparándose en *"la práctica aseguradora"* (p. 39 de su escrito de oposición a los recursos), llegando hasta el punto de, ante la dificultad de vencer lo que legal y contractualmente está claro, alegar una posible nulidad del contrato de seguro, al amparo del art. 4 LCS , *"al no existir riesgo alguno en el momento de su suscripción"* (p. 47 de su escrito de oposición a los recursos).

4ª) Los esfuerzos de la sentencia recurrida por encontrar en normas de rango inferior a la ley argumentos favorables a su tesis interpretativa del seguro litigioso como un seguro *"de Tramo I"* carecen de sentido cuando la norma especial de adecuación de la Ley 57/68 a las cooperativas, es decir el Decreto 3114/1968 parcialmente transcrito en el fundamento jurídico anterior, distinto del Decreto 2114/1968 de 24 de julio al que atiende la sentencia recurrida y que en realidad es la disposición por la que se aprobó el Reglamento de la Ley sobre viviendas de Protección Oficial, somete a la Ley 57/68 el anticipo de cantidades previo incluso a la adquisición del solar, es decir en esa *"fase embrionaria"* que tanto la aseguradora demandada como la sentencia recurrida consideran excluida de dicha ley.

5ª) Se trata, por tanto, no de un problema de jerarquía normativa, que no lo hay, ni tampoco de derogación de unas normas por otras posteriores de superior rango, sino de prevalencia de la ley especial

sobre la general, de que la promoción de viviendas en régimen de cooperativa tiene sus propias peculiaridades y entre estas se encuentra el de la unión de esfuerzos desde un principio para adquirir los terrenos y, por tanto, el anticipo inicial de sumas muy importantes de dinero, mucho más elevadas que las habitualmente entregadas cuando la promoción se ajusta a otro régimen distinto, que la ley también quiere garantizar. Es desde este punto de vista como debe interpretarse la disposición adicional primera de la mucho más reciente LOE de 1999 cuando extiende las garantías de la Ley 57/68 a la "promoción de toda clase de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa", y no como propone la aseguradora demandada argumentado que al tratarse de una ley sobre edificación la garantía de los anticipos solo sería exigible una vez comenzada la construcción. En definitiva, el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto, y a esta conclusión conducen tanto la ley como las condiciones particulares del seguro litigioso no desvirtuadas por las especiales; como los términos de los contratos de adhesión de los cooperativistas demandantes; como la publicidad que hizo Gesteco; como, en fin, los certificados de las entidades financieras en las que se abrieron las cuentas especiales. Frente a este conjunto de argumentos no puede prevalecer la "práctica aseguradora" constantemente invocada por Asefa en defensa de la distinción entre seguros "de Tramo I" y de "Tramo II" o de que sea compatible cobrar dos veces por lo mismo, porque ni esa "práctica aseguradora" se incorporó al contrato distinguiendo entre Tramo I y Tramo II ni ninguna "práctica aseguradora" puede dejar sin efecto normas imperativas que garantizan derechos irrenunciables.

6ª) En último extremo, cualquier duda interpretativa de las normas aplicables al caso tendría que resolverse aplicando la Constitución, y es insostenible que después de la Constitución, cuyo art. 47 reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y cuyo art. 51 impone a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, la protección de cooperativistas que se encuentran en la misma situación que los demandantes pueda ser inferior a la que habrían tenido en el año 1968, como si el detalle de las normas administrativas sobre cédulas urbanísticas y calificación provisional tenidas en cuenta por la sentencia impugnada fueran capaces de diluir una protección que, arrancando del año 1968, hoy solo puede entenderse reforzada y no disminuida.

7ª) Mediante todas las razones anteriores queda claro que esta Sala resuelve "únicamente conforme a Derecho", como pide la aseguradora demandada en la página 14 de su escrito de oposición. Esta petición se funda en que la aseguradora teme "una perversión no ya de nuestro sistema de justicia, sino de las mismas bases sobre las que se fundamenta nuestra convivencia, lo que conduciría a otorgar siempre una mayor razón a la mayoría -cualquier mayoría- frente a quienes sostienen una posición minoritaria", ya que, sigue diciendo Asefa, "[n]uestro sistema jurídico no quiso una justicia distributiva o social, sino un sistema de distribución de responsabilidades basado en Derecho, pues sobre esos principios se asienta todo el edificio constitucional español. Es, en suma, en esta posición objetiva, equidistante y desapasionada donde se debe enmarcar la labor del Alto Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos"

Pues bien, precisamente es conforme a la Constitución y a la ley como esta Sala ha resuelto los motivos de casación examinados, dándose en este caso la circunstancia de que un elevado número de personas tiene la ley de su lado, especialmente una ley que, como la de 1968, se dictó por "la justificada alarma" que en la opinión pública había producido "la reiterada comisión de abusos" que constituían una "grave alteración de la convivencia social"; es decir, atendiendo a un factor social cuya relevancia jurídica no puede desdeñarse porque la proclamación de España como "un Estado Social y democrático de Derecho", en el artículo 1 de nuestra Constitución, no es una declaración puramente simbólica o retórica, sino la introducción a los valores que acto seguido se enuncian como "superiores de su ordenamiento jurídico" y, por consiguiente, de ineludible consideración en la interpretación de las normas.

**UNDÉCIMO** .- Consecuencias de la estimación de los motivos primero al séptimo del recurso: anulación de la sentencia recurrida y examen del motivo octavo y último en funciones de instancia .

Conforme al art. 487.2 LEC procede casar en todo la sentencia recurrida y, como resulta de todo lo razonado para estimar los motivos primero al séptimo del recurso, la consecuencia debe ser la confirmación del fallo de la sentencia de primera instancia tanto en las cantidades que la demandada Asefa ha de pagar a cada uno de los demandantes como en su incremento con los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, pronunciando este que se ajusta a la letra c) de la disposición adicional primera de la LOE como norma que, por ser posterior a la Ley 57/68, debe considerarse aplicable en este punto con prevalencia sobre el art. 1 de esta última, que establecía un interés del seis por ciento anual.

En cuanto a la indemnización por mora o retraso de la compañía de seguros, establecida en el art. 20 LCS y cuya aplicación fue pedida por los demandantes en su demanda, reiterada por ellos al impugnar la sentencia de primera instancia después de que *Asefa* la recurriera en apelación y reafirmada en el motivo octavo del recurso de casación, debe considerarse procedente, con la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia únicamente en este particular, por las siguientes razones:

1ª) Como resulta de la introducción a las diez reglas contenidas en dicho art. 20, este configura una indemnización por mora a cargo del asegurador en el cumplimiento de su prestación, es decir, en pagar al asegurado lo que corresponda según el contrato de seguro.

2ª) Dada su naturaleza de indemnización, el alcance de esta, determinado en la regla 4ª del art. 20, no debe confundirse con el de la propia cobertura del seguro, que en el caso enjuiciado comprendía ya las sumas anticipadas por los cooperativistas y sus intereses legales no como indemnización por mora sino como frutos del dinero entregado en un determinado momento.

3ª) De lo anterior se sigue que la disposición adicional primera de la LOE no excluye la aplicación del art. 20 LCS, como pareció entender la juez de primera instancia, sino que una y otra norma tienen ámbitos distintos: la de la LOE determina la cobertura del seguro o contenido de la prestación del asegurado; y la de la LCS determina la indemnización de daños y perjuicios añadida que el asegurador tendrá que pagar a los asegurados si no cumple a tiempo su prestación.

4ª) Lo razonado para estimar los motivos primero al séptimo del recurso de casación basta por sí solo para descartar que *Asefa* tuviera causa justificada o no imputable a ella para no pagar a los demandantes dentro de los tres meses siguientes a la comunicación del siniestro, de modo que no puede exonerarse amparándose en la regla 8ª del art. 20 LCS. 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.

5ª) Finalmente, el argumento de *Asefa* de que el art. 20 LCS no puede aplicarse en su contra por ser el seguro litigioso un seguro por grandes riesgos de los mencionados en el apdo. 2 b) del art. 107 de la misma ley, que permite a las partes la libre elección de la ley aplicable, no conduce a consecuencia práctica alguna: primero, porque no se precisa qué ley sería aplicable en lugar de la LCS; y segundo, porque las condiciones generales de la póliza global de 22 de noviembre de 2007, redactadas por la propia *Asefa*, 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...**".

6ª) En consecuencia, la indemnización por mora tendrá el contenido que establece la regla 4ª del art. 20 LCS, y el límite inicial del cómputo de los intereses en que consiste la indemnización será el 19 de enero de 2010, fecha en la que *Asefa* tuvo conocimiento del siniestro.

#### **DUODÉCIMO** .- *Costas procesales y depósito para recurrir*

1.- Conforme al art. 394.1 LEC las costas de la primera instancia deben imponerse a la demandada *Asefa*, ya que la demanda contra ella se ha estimado íntegramente.

2.- Conforme al art. 398 LEC en relación con su art. 394.1, de las costas de la segunda instancia deben imponerse a *Asefa* las causadas por su recurso de apelación, que tenía que haber sido totalmente desestimado, y no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las causadas por la impugnación añadida de los demandantes, que tenía que haber sido totalmente estimada.

3.- Conforme al art. 398.2 LEC no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de los recursos resueltos por esta Sala, dada la estimación de ambos.

4.- Conforme al apdo. 8 de la D. Adicional 15ª LOPJ procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

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

## **FALLAMOS**

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuestos por los demandantes mencionados en el encabezamiento contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2012 por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 320/2012.

2º.- **CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA** , dejándola sin efecto.

3º.- En su lugar, desestimar totalmente el recurso de apelación interpuesto en su día contra la sentencia de primera instancia por la demandada "Asefa, S.A. Seguros y Reaseguros", y estimar la impugnación añadida de la misma sentencia formulada por los demandantes.

4º.- En consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia en las cantidades que la demandada "Asefa, S.A. Seguros y Resaseguros" deberá pagar a cada demandante con sus intereses legales, y revocarla en cuanto no considera aplicable el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

5º.- Por tanto, condenar también a la compañía de seguros demandada a pagar la indemnización por mora establecida en dicho artículo 20 consistente en un interés anual de las prestaciones debidas a cada demandante igual al interés legal del dinero, vigente en el momento en el que se devengue, incrementado en el 50 por 100, pero sin que a partir del 20 de enero de 2012 pueda ser inferior al 20 por 100.

6º.- Imponer a la compañía de seguros demandada las costas de la primera instancia y las de su recurso de apelación.

7º.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas de la impugnación de la sentencia de primera instancia por la parte demandante ni las causadas por los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

8º.- Y devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**Francisco Marín Castán José Ramón Ferrándiz Gabriel**

**José Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller**

**Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo**

**Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Sarazá Jimena**

**Sebastián Sastre Papiol**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marín Castán** , ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.