

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 12 DE JULIO DE 2016 (469/2016)**

**Responsabilidad de la gestora de cooperativa  
de viviendas por no constituir la garantía exigida  
por la Ley 57/1968**

Comentario a cargo de:  
JOSÉ LUIS COLINO MEDIAVILLA  
Profesor Titular de Derecho Mercantil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2016**

**RoJ:** STS 3459/2016 - **ECLI:ES:TS:2016:3459**

**ID CENDOJ:** 28079119912016100021

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

**Asunto:** Cuando en una cooperativa de viviendas no se ha constituido la garantía exigida por la Ley 57/1968, el cooperativista puede recuperar las cantidades entregadas mediante la exigencia de responsabilidad por no constitución de la garantía a la sociedad gestora de la cooperativa. La desvinculación de la cooperativa debe realizarla por los cauces establecidos en los estatutos.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. Planteamiento y solución del Tribunal Supremo. 5.2. ¿Devolución de anticipos y responsabilidad por falta de garantía sin extinción de la relación? 5.3. Responsabilidad de la gestora como administrador de hecho. 5.4. Conclusión. 6. Bibliografía.**

## 1. Resumen de los hechos

En febrero de 2008 una señora trabó relación con una SL gestora de cooperativas de viviendas en la Comunidad de Madrid, mediante la firma de un documento para la incorporación como socia a una de esas cooperativas y la entrega de 1.000 euros. En enero de 2008 se había otorgado escritura de constitución de una sociedad cooperativa madrileña, que estaba promoviendo la construcción de viviendas de protección pública limitada en un pueblo de Madrid.

En el mismo mes de febrero de 2008 dicha sociedad gestora expidió a favor de la señora un documento privado de preinscripción (pre-socio) en la mencionada sociedad cooperativa madrileña, haciendo constar que la señora entregaba a la cooperativa 3.000 euros (los 1.000 previamente entregados a la sociedad gestora y otros 2.000 adicionales) para su incorporación a la misma como socia, por orden de pre-inscripción, y atribuyéndola el derecho a conocer el proyecto y elegir vivienda, lo que hizo la señora, reservándose una vivienda determinada, con dos plazas de garaje y un trastero. También se indicaba que, cuando se formalizase el contrato de inscripción, la cooperativa detallaría los pagos a abonar, mediante recibos, en una cuenta de la cooperativa.

En marzo de 2008 la señora (a la que se denominaba socio) y la cooperativa (representada por la sociedad gestora) suscribieron un documento privado denominado “*contrato de inscripción*”. Cabe destacar los siguientes aspectos del contenido de este contrato:

— La socia declaraba conocer y aceptar que, a la fecha del contrato, no estaba presentada la licencia de obra ante el ayuntamiento, ni la solicitud de calificación provisional ante la Comunidad de Madrid, estando prevista la presentación de ambas tan pronto como lo permitiese la situación urbanística y jurídica de la parcela.

— La socia solicitaba su incorporación a la cooperativa, declarando conocer y aceptar la escritura de fundación y los estatutos sociales, manifestando reunir los requisitos exigidos para ser admitida como socia y para adquirir una de las viviendas de protección pública de precio limitado objeto de la promoción, y eligiendo para su adquisición futura una vivienda determinada, con sus plazas de garaje y trastero.

— Se advertía al socio que “*no podrá darse de baja de la Cooperativa ni de su promoción, salvo en las condiciones y términos previstos en los citados estatutos*”.

— Para hacer frente al coste aproximado de edificaciones y promoción, la socia se obligaba a abonar, “*mediante aportaciones al capital de la cooperativa*”, las cantidades que figuraban en documento anexo al contrato, “*así como las que puntualmente se aprueben y regularicen por la Junta General y/o por el Consejo Rector*”.

— La cooperativa se comprometía a entregar la vivienda a la socia en el plazo de tres meses desde la calificación definitiva, así como a gestionar el crédito hipotecario y/o financiación necesaria para afrontar el coste de la promoción.

— La socia declaraba conocer las obligaciones, limitaciones y prohibiciones vinculadas a una vivienda de protección pública de precio limitado, comprometiéndose a cumplirlas y respetarlas.

En el documento anexo al contrato, la socia se daba por enterada de que, en caso de solicitar la baja, conforme al art. 14 de los estatutos sobre “*consecuencias de la baja*”, “*la devolución de mis aportaciones al Capital Social, así como cualquier otra cantidad entregada por mí, para financiar el pago de las viviendas y anejos, me serán reembolsadas en el momento en que sea sustituido en mis derechos y obligaciones por otro socio o dentro del plazo que marca los estatutos, en la cuantía que corresponda*”.

Además, en el documento anexo al contrato, la socia se obligaba a aportar “*inicialmente*” al capital social de la cooperativa la suma de 163.657 euros, desglosada conforme a un plan de pagos, el último de los cuales era 113.738 euros que se aportarían a la entrega de la vivienda mediante subrogación en el crédito hipotecario a la construcción o con otra financiación que en su caso necesitara el socio. La señora satisfizo 42.254,43 euros hasta agosto de 2009.

## 2. Soluciones dadas en primera instancia

En julio de 2010, momento en el que todavía no se había iniciado la construcción, la señora formuló demanda contra la cooperativa y contra la sociedad gestora, en la que solicitó la resolución por incumplimiento, y subsidiariamente la nulidad e ineficacia, del citado “*contrato de inscripción*”, que calificaba como contrato de adquisición/compraventa de vivienda sobre plano, y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio (42.254,43 euros) más los intereses.

Tales pretensiones se apoyaron en el incumplimiento por la cooperativa y la gestora de la obligación esencial de garantizar (mediante aval o seguro) la restitución de los anticipos conforme a la Ley 57/1968, y en la no fijación de un plazo de entrega (lo que a juicio de la demandante acarrearía la nulidad del contrato), así como en el incumplimiento del RD 515/1989 en cuanto al deber de información al consumidor en la adquisición de viviendas. También afirmó la demandante que entre ambas entidades existía una total interrelación, hasta el punto de tener el mismo domicilio social.

La cooperativa se opuso a la demanda alegando:

— Que el contrato no era una compraventa sino un contrato de inscripción, de lo que se derivaba que las aportaciones económicas de los socios no eran anticipos del precio, por lo que, en atención a la naturaleza del contrato, no regía la obligación de garantizar su devolución conforme a la Ley 57/1968, ni

la obligación de fijar un plazo de entrega, por lo que el contrato no era nulo sino válido.

— Que la demandante pretendía desligarse de la cooperativa y recuperar las aportaciones obviando los cauces estatutarios.

— Que la información suministrada al cooperativista fue la propia del contrato celebrado, no siendo tampoco de aplicación el RD 515/1989.

— Que la coincidencia en el domicilio social no suponía que ambas entidades fueran la misma o que estuvieran interrelacionadas.

También se opuso a la demanda la sociedad gestora, alegando:

— Que el contrato no era una compraventa sino un contrato de incorporación a la cooperativa, por lo que la demandante no era compradora sino promotora en calidad de socia cooperativista, que sus aportaciones se ingresaron en una cuenta de exclusiva titularidad de la cooperativa, y que ningún seguro o aval podía exigirse a la gestora.

— Que al no haber compraventa, la demandante no podía resolver el contrato sino que debía respetar los cauces estatutarios para darse de baja, por lo que cuando remitió la comunicación de resolución contractual al consejo rector de la cooperativa, éste decidió que se trataba de una baja no justificada.

— Que no existía ninguna relación entre ambas entidades.

La sentencia de primera instancia de 8 de mayo de 2012 estimó íntegramente la demanda, declarando resuelto el contrato de marzo de 2008, con su anexo, y condenando solidariamente a las demandadas a devolver la cantidad reclamada, más los intereses legales desde su pago y los procesales desde la fecha de la propia sentencia, así como al pago de las costas. Por lo que resulta de la STS de 12 de julio de 2016 objeto de este comentario, la argumentación de la sentencia de primera instancia puede sintetizarse así:

— Aunque, pese a lo que se sostenía en la demanda, el contrato de marzo de 2008 no era una compraventa, esto no impedía la aplicación de la Ley 57/1968, ni la estimación de la acción resolutoria por incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de los anticipos.

— La Audiencia Provincial de Madrid, en varias sentencias, ha afirmado que el socio cooperativista no deja de ser un consumidor, por lo que tiene derecho, por aplicación de la Ley 57/1968 y la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación (LOE), a que las cantidades que entrega a cuenta del precio de la futura vivienda sean avaladas o aseguradas por la cooperativa promotora, lo que es compatible con la regulación de la restitución de cantidades como consecuencia de la baja del socio establecida

en el art. 89.5 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, porque el supuesto de baja del socio es distinto al supuesto en que la restitución de cantidades se solicita como consecuencia del incumplimiento por la cooperativa de sus obligaciones, como es la de constituir el aval.

— Aunque la acción de resolución no es el cauce adecuado para que la socia pueda darse de baja de la cooperativa, tal acción de resolución resulta procedente cuando la cooperativa ha incumplido sus obligaciones, lo que ocurre en el caso presente, en el que se incumple la obligación de garantizar la restitución de los anticipos a cuenta del precio de vivienda futura y la de fijar un plazo de entrega.

— Respecto a la fecha de entrega, es esencial para la Ley 57/1968 y, además, como los contratos celebrados entre una promotora y un consumidor son contratos de adhesión es aplicable el art. 85 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), conforme al que es abusiva toda cláusula que suponga la consignación de fechas de entrega meramente indicativas.

— Subsidiariamente, procedería declarar la ineficacia del contrato por omitirse intencionadamente la fijación de una fecha de inicio de la construcción y entrega de la vivienda.

— Aunque la gestora no era promotora ni tenía obligación de suscribir los avales, pues es una persona jurídica diferente de la cooperativa, le alcanzaba la responsabilidad solidaria por los amplísimos poderes que le concedió la cooperativa y por la confusión que su actuación en ese marco generó a la demandante.

### **3. Soluciones dadas en apelación**

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las dos entidades demandadas. La sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 2 de octubre de 2013 en la que, estimando los recursos de apelación, revocó la sentencia de primera instancia y desestimó la demanda interpuesta por la señora cooperativista, absolviendo a ambas demandadas de las pretensiones formuladas contra ellas y condenando a la demandante en las costas de primera instancia.

De acuerdo con el número 4 del fundamento de Derecho tercero de la STS de 12 de julio de 2016 que se comenta, la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial puede sintetizarse así:

— La sentencia de primera instancia apelada calificó acertadamente el contrato como de inscripción en la cooperativa, no llevando razón la demandan-

te al calificarlo como contrato de adquisición/compraventa de vivienda sobre plano.

— La indicada naturaleza del contrato tiene como consecuencia la no aplicación de las normas sobre la compraventa, porque aunque el propósito del socio sea adquirir una vivienda, no es una persona ajena a la cooperativa y las cantidades que abona se corresponden con la distribución entre los cooperativistas de los costes de la edificación.

— La incorporación a una cooperativa no es un acto de consumo.

— De acuerdo con el apartado 2 de la disposición adicional 5ª de la Ley 27/1999, de Cooperativas, las entregas de bienes realizadas por las cooperativas no tienen la consideración de ventas.

— Por lo anterior, una cooperativa de viviendas no puede someterse al TRLGDCU ni al RD 515/1989, pues el marco normativo que rige la relación entre las partes lo constituyen los estatutos y el art. 23 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid.

— En conclusión, el contrato objeto del litigio no es compraventa sino contrato de incorporación a un ente asociativo para la construcción de viviendas en régimen de autopromoción, con el fin de adjudicárselas al término del proceso edificatorio, razón por la que, aunque la cooperativa sea promotora y esté sujeta a las garantías y al régimen de responsabilidad que establece el art. 17.3 de la LOE, así como a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LOE en cuanto a la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a la cooperativa como coste de adjudicación de la vivienda, sin embargo el incumplimiento de esta obligación no puede dar lugar a la resolución contractual, sin perjuicio de las facultades que asisten al socio para pedir la baja con justificación de dicho incumplimiento.

#### **4. Los motivos de casación alegados**

La señora socia, demandante-apelada, formuló recurso de casación contra la sentencia de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de octubre de 2013, al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, por interés casacional, al resolver la sentencia recurrida cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El recurso señaló como normas vulneradas los arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, así como los arts. 1.124, 1.256 y 1.258 del CC, el art. 85 del TRLGDCU, y los arts. 4-7, 9 y 10 del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los

consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Para justificar el interés casacional, el recurso alegó jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Por un lado, sobre si al contrato de inscripción-adquisición de vivienda en régimen de cooperativa le es de aplicación la normativa de protección de los consumidores o no. Por otro lado, sobre si el socio adquirente en cooperativa de viviendas puede resolver el contrato por incumplir la cooperativa la Ley 57/1968 (u otros incumplimientos), con fundamento en el art. 1.124 del CC, y exigir la devolución de las cantidades entregadas, o si su cualidad de socio le somete al proceso estatutario sobre baja voluntaria, sin poder demandar directamente a la cooperativa.

En su argumentación, la recurrente en casación insiste en la línea manifestada en su demanda, sosteniendo que, con independencia la denominación que se utilice, nos hallamos ante un contrato de adquisición de vivienda, sometido a los arts. 1.124 y 1.256 del CC, a la Ley 57/1968, al TRLGDCU y al RD 515/1989, por lo que, acreditado que la cooperativa incumplió sus obligaciones (en concreto, fijar plazo de entrega y garantizar la devolución de las cantidades anticipadas conforme a los arts. 1, 2 y 7 de la Ley 57/1968, que la disposición adicional primera de la LOE declara expresamente aplicable a las cooperativas), la adquirente-cooperativista puede resolver el contrato y obtener la restitución de las cantidades entregadas, sin tener que someterse a un proceso estatutario de baja voluntaria.

Añade la recurrente en casación que la indeterminación de la fecha de entrega vulnera los arts. 1.256 y 1.258 del CC, así como el art. 85 del TRLGDCU, constituyendo una cláusula abusiva determinante de la nulidad del contrato, que también sería nulo por infracción sistemática del RD 515/1989, en cuanto a la información que debía suministrarse al adquirente.

Concluye la recurrente que la responsabilidad por dichos incumplimientos afecta solidariamente a la cooperativa y a la gestora, fundando la responsabilidad de la última por el papel principal director que ha tenido en todo momento en las actuaciones, por dolo contractual y, en todo caso, por la responsabilidad como mandatario exigida por los arts. 1.725 y 1.726 del CC.

La cooperativa, en su oposición al recurso de casación, insistió en que el contrato no era de compraventa, sino un contrato de inscripción para la incorporación a la cooperativa, por lo que las aportaciones y cuotas aplazadas no eran parte del precio ni constituían venta, lo que excluía la aplicación de las normas de protección de los consumidores, y la extinción de la relación solo era posible mediante el cauce establecido en los estatutos, afirmando que no hay doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales en torno a la aplicación a los socios cooperativistas de la normativa de consumidores ni en torno a la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la cooperativa. Más aún, la cooperativa sostiene una interpretación del sistema consistente en que hay que distinguir el momento del proceso constructivo, de manera que solo procedería la resolución al final del proceso, cuando la vivienda estuviese

finalizada y se hubiera firmado por el cooperativista el contrato de adjudicación y la entrega se retrasara, pero no procederá la resolución en los casos en que el cooperativista no celebra un contrato de compraventa de vivienda sino que suscribe su incorporación a una cooperativa (contrato de inscripción) sin que el proceso constructivo se haya iniciado, por lo que no hay que prestar garantía y la extinción de la relación ha de realizarse por el cauce de la baja voluntaria del socio, que en el caso habían calificado como no justificada, lo que suponía un plazo de tres años para el reembolso y una deducción del 20%, conforme al art. 14 de los estatutos.

En cuanto a la sociedad gestora, se opuso al recurso de casación con argumentación similar a la alegada por la cooperativa, negando que hubiera interés casacional, por no existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, con fundamento en la idea de que las sentencias citadas sobre la aplicación de las normas de protección de los consumidores a los cooperativistas y sobre la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la cooperativa se refieren a supuestos distintos, en los que hay un contrato de compraventa o adquisición de vivienda y no, como en el caso objeto del litigio, un contrato de inscripción o incorporación a la cooperativa, que es un acto de tipo asociativo, en nada equiparable a la compraventa, que no constituye acto de consumo. En cuanto a su responsabilidad, solicitada por la demandante recurrente en casación, la gestora sostuvo que ninguna responsabilidad le correspondía, ni contractual ni extracontractual, por ser independiente de la cooperativa y tener unas facultades limitadas, que no comprendían la disposición ni la contratación y que no le daban acceso a las sumas o aportaciones de los cooperativistas, las cuales, como capital social, solo correspondían a la cooperativa en cuanto a su gestión y disposición, estando ingresadas al efecto en una cuenta de ella, por lo que la única responsabilidad de la gestora derivaría del contrato de prestación de servicios con la cooperativa, pero no del contrato de inscripción suscrito por la demandante con la cooperativa, siendo innegable que la gestora se había esforzado en buscar financiación y en la obtención de los avales.

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. Planteamiento y solución del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2016 arranca sus fundamentos de Derecho dedicándose a la “*cuestión jurídica planteada*”. Ese es el título del fundamento de Derecho primero, que dice así:

*“La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación por interés casacional consiste, esencialmente, en si quien anticipa cantidades para adquirir una vivienda en régimen de cooperativa puede resolver el*



*contrato de incorporación a la entidad por incumplir la cooperativa las obligaciones legales que se imponían al promotor en la por entonces en vigor Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968), en particular la obligación de garantizar mediante aval o seguro la devolución de las cantidades anticipadas que aquí se reclaman, o si, por el contrario, y como entendió el tribunal de segunda instancia para desestimar la demanda, la cualidad de socio le somete al procedimiento estatutario de baja voluntaria de la cooperativa”.*

El enfoque se empieza a matizar en el fundamento de Derecho quinto, en el que la sentencia que comentamos trata del interés casacional del recurso. Dice el Tribunal Supremo que, aunque la calificación que la demandante recurrente en casación da a su relación con la cooperativa y la gestora es imprecisa conceptualmente, esta imprecisión no es suficiente para no admitir el recurso de casación porque las peticiones guardan correspondencia con la causa de pedir, por lo que la sala debe resolver si, con independencia de la calificación de esa relación, la demandante tiene derecho a recuperar las cantidades anticipadas con cargo a alguna de las dos demandadas o de ambas, así como, en su caso, la repercusión que esa recuperación tendría en la cooperativa demandada. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que tampoco la Ley 57/1968 es precisa conceptual y terminológicamente, y que siendo evidente que, en el caso, no hay compraventa de vivienda sino incorporación a la cooperativa, también lo es que los cooperativistas tienen derecho irrenunciable a la garantía de la devolución de las cantidades anticipadas (Ley 57/1968 y disposición adicional primera LOE), por lo que, pese a la mejorable estructura del recurso, su interés casacional debe entenderse constituido, dada la razón causal del fallo recurrido y la exposición de sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, por la posibilidad o imposibilidad jurídica de que un cooperativista de vivienda recupere las cantidades anticipadas si su devolución no se garantiza mediante aval ni seguro de caución, resultando estéril así cualquier otro debate.

A continuación, los fundamentos de derecho sexto y séptimo se dedican, respectivamente, a recordar, conforme a las normas y la jurisprudencia, que las cooperativas de viviendas se sujetan a la Ley 57/1968 y que la garantía de la devolución de los anticipos es una obligación esencial, cuyo incumplimiento permite al cesionario de la vivienda resolver el contrato, si es de compraventa, y pedir la devolución de los anticipos.

Con tal planteamiento, el Tribunal Supremo toma su decisión en el fundamento de Derecho octavo de la sentencia, en cuyo título anticipa que consiste en la responsabilidad de la gestora y en que la desvinculación de la demandante de la cooperativa ha de realizarse conforme a los cauces estatutarios.

En efecto, el alto tribunal, partiendo de la calificación del contrato como de incorporación a una cooperativa (negando que haya compraventa), recuer-

da que lo pretendido es la recuperación de las cantidades anticipadas desvinculándose totalmente de la cooperativa, a modo de lo que sería una resolución de una compraventa, por lo que afirma que la sala debe decidir si tal pretensión es totalmente inviable por estar sujeta la demandante al régimen estatutario de baja voluntaria, como entiende la SAP recurrida o, por el contrario, cabe que la cooperativista recupere las cantidades anticipadas sin quedar inexorablemente vinculada (para tal recuperación) al régimen estatutario de baja voluntaria, lo que resuelve en el siguiente sentido:

*“Pues bien, la única respuesta coherente con la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968 es reconocer al cooperativista demandante-recurrente el derecho a recuperar las cantidades anticipadas por no haber obtenido la imperativa garantía de su devolución, pero no con cargo a la cooperativa demandada, ya que en tal caso el incumplimiento lo soportarían todos los demás cooperativistas que se encuentren en su misma situación.*

*Como responsables de la constitución de la garantía, el ya citado Decreto 3114/1968 identifica a las Juntas Rectoras de las cooperativas o a los gestores de las comunidades, pero la d. adicional 1.ª LOE se refiere a «la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores y gestores». Esta especial mención de los gestores permite entender que cuando, como en el presente caso, existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas, la codemandada Azerca Gestora de Cooperativas S.L., la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado.*

*Cuestión distinta será, una vez recuperadas por la demandante las cantidades anticipadas, su desvinculación de la cooperativa, que habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria”.*

En consecuencia, estima parcialmente el recurso de casación y casa parcialmente la SAP, estimando en su lugar la acción de condena pecuniaria contra la gestora, con los intereses legales.

## 5.2. *¿Devolución de anticipos y responsabilidad por falta de garantía sin extinción de la relación?*

Inmediatamente llama la atención que la fundamentación del Tribunal Supremo tiene un salto argumentativo, pues declara el derecho de la cooperativista a recuperar las cantidades anticipadas, haciendo responsable de su restitución a la gestora por no haber constituido la garantía de la devolución de tales anticipos, pero sin haber declarado extinguida la relación que dio causa a tales anticipos.

La devolución de los anticipos a cuenta de vivienda futura requiere la extinción de la relación en virtud de la que se han realizado, que da lugar al derecho al reembolso frente a quien los recibió, que ha de estar garantizado por exigencia legal, por lo que si no lo está y el cedente de vivienda futura no devuelve los anticipos, responden de su restitución aquellos que tenían la obligación de constituir la garantía y no lo hicieron (arts. 1 y 3 Ley 57/1968 y art. 5 RD 3114/1968. Por esto dice BUSTO LAGO, J. M., 2017, pg. 9 de la edición digital, que el TS indirectamente soluciona la cuestión de si el cooperativista puede resolver el contrato de adquisición de la vivienda sin solicitar la baja voluntaria de la cooperativa, porque *“en tanto que declara la responsabilidad de la entidad gestora frente a la cooperativista por el incumplimiento de la constitución de las garantías por las cantidades anticipadas a cuenta y remite a los cauces estatutarios para que se desvincule de la cooperativa, considera que efectivamente puede resolverse el contrato de adquisición de vivienda y continuar siendo miembro/socio de la cooperativa de viviendas, lo que produce una notable insatisfacción, tanto desde la perspectiva estrictamente dogmática, como desde la más pragmática de las perspectivas posibles”*. En rigor, en nuestra opinión, el Tribunal Supremo no hace eso, porque niega que haya un contrato de adquisición de vivienda distinto del contrato de inscripción-incorporación a la cooperativa, sino que incurre en el salto argumentativo señalado).

El Tribunal Supremo inicialmente planteó bien la cuestión, señalando que había que decidir si la relación se podía extinguir mediante resolución por incumplimiento o, por el contrario, debía acudir al procedimiento estatutario de baja voluntaria de la cooperativa (fundamento de Derecho primero). Pero después (fundamento de Derecho quinto), de la mano de la incorrecta calificación de la relación que atribuye a la demandante recurrente en casación, resta importancia a tal calificación, y consiguientemente al régimen aplicable a su extinción, y afirma que la sala debe resolver si, con independencia de la calificación de la relación, la demandante tiene derecho a recuperar las cantidades anticipadas con cargo a alguna de las dos demandadas o de ambas, así como, en su caso, la repercusión que esa recuperación tendría en la cooperativa demandada.

La idea se repite más adelante, en el mismo fundamento, desde la perspectiva de la inexistencia de dudas sobre el derecho irrenunciable de los cooperativistas a la garantía de la devolución de las cantidades anticipadas (Ley 57/1968 y disposición adicional primera LOE), que lleva al alto tribunal a afirmar que, pese a la mejorable estructura del recurso, su interés casacional debe entenderse constituido por la posibilidad o imposibilidad jurídica de que un cooperativista de vivienda recupere las cantidades anticipadas si su devolución no se garantiza mediante aval ni seguro de caución. De esta forma, se invierte el orden normal de solución de la cuestión planteada.

Con tal planteamiento, el Tribunal Supremo, que califica el contrato como de incorporación a una cooperativa (negando que haya compraventa), pone el acento en si la recuperación de los anticipos está imposibilitada por no

haber seguido el cauce adecuado para la extinción de la relación (régimen estatutario de baja voluntaria), lo que, unido a la idea de que conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968 hay que reconocer al cooperativista el derecho a recuperar las cantidades anticipadas por no haberse constituido la garantía de su devolución, y a la imposibilidad de exigir la devolución a la cooperativa porque el incumplimiento lo soportarían los demás socios, lleva al alto tribunal a sostener que ha de responder de la restitución de los anticipos la gestora, como hubieran respondido los miembros del consejo rector de haber sido demandados, por haber incumplido su obligación de constituir la garantía. Solo después de haber resuelto la recuperación de los anticipos por la cooperativista, y señalando que se trata de una cuestión distinta, dice el Tribunal Supremo que, la desvinculación de la cooperativa habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria.

Parece claro que, tomada la decisión de que la cooperativista debe recuperar sus cantidades conforme a la doctrina jurisprudencial sobre la Ley 57/1968 y ante la imposibilidad de solicitar su devolución a la cooperativa, cuya relación con la cooperativista no se ha extinguido, se busca una salida en una responsabilidad por la no devolución de los anticipos derivada de la falta de constitución de garantía que, sin embargo, requeriría que la relación jurídica de la que traen causa los anticipos se hubiera extinguido, lo que daría lugar al derecho al reembolso de los anticipos con sus intereses. De esa forma, en la parte relativa a la gestora, se revoca la SAP recurrida, que había sostenido que puesto que la relación no se había extinguido, por no seguirse el cauce estatutario de la baja voluntaria, la cooperativista no tenía derecho a la restitución de las cantidades entregadas.

El salto argumentativo señalado es relevante porque, con independencia de que el resultado final en el caso concreto se considere más o menos satisfactorio, supone eludir el tratamiento y solución de muchas cuestiones relativas a las cooperativas de viviendas que, ciertamente, no están totalmente claras ni en las resoluciones judiciales ni en la doctrina (puede verse TRUJILLO DÍEZ, I. J., 1999, pgs. 2289-2299) y que repercuten en su relación con la garantía de los anticipos a cuenta de vivienda futura.

Tales cuestiones resultan en parte, de forma más o menos clara, de la detallada exposición de los hechos, argumentos de las partes y fundamentación de los órganos judiciales, que conscientemente hemos realizado de forma analítica y extensa a los efectos de manifestar los problemas que quedan sin resolver. Por ejemplo, sin ánimo de ser exhaustivo, ¿qué es un contrato de inscripción-incorporación a una cooperativa? ¿Permite ese contrato de inscripción ceder una vivienda futura? ¿Es posible que los anticipos a cuenta de la vivienda futura se realicen en concepto de aportación al capital? ¿Cómo han de repercutir las cuestiones anteriores en la calificación de la relación existente, con independencia del nombre que las partes atribuyan al contrato? ¿Existen dos relaciones jurídicas ligadas funcionalmente: la posición de socio cooperativo y la

relación mediante la que se participa en la actividad cooperativa? ¿Permite esa duplicidad de relaciones superar las dudas sobre la aplicación de las normas de protección de los consumidores al cooperativista? ¿En qué momento temporal es posible percibir anticipos a cuenta de vivienda futura? ¿Qué relaciones se pueden establecer antes? ¿Cómo se articula, en concreto, la extinción de la relación societaria y la relación contractual por participación en la actividad cooperativa? ¿La extinción de la relación por causa de incumplimiento grave de la cooperativa haya su cauce en la baja voluntaria? Es decir, ¿es voluntaria una baja causada por una frustración del fin negocial consecuencia del grave incumplimiento de la cooperativa? ¿Producida la extinción, cómo se liquidan las relaciones posición de socio-aportación y participación en actividad cooperativa-anticipos? ¿Extinguida la relación, qué cantidades ha de devolver el garante de la devolución de los anticipos o, si falta, el responsable de la falta de garantía?

Tampoco es claro el Tribunal Supremo cuando afirma que, recuperados los anticipos, la desvinculación de la cooperativa habrá de ajustarse a los estatutos de la misma, sin que el procedimiento tenga que ser necesariamente el de la baja voluntaria. ¿A qué cauce estatutario diferente de la baja voluntaria se refiere?

### 5.3. Responsabilidad de la gestora como administrador de hecho

En cuanto a la fundamentación de la responsabilidad de la sociedad gestora respecto a la devolución de los anticipos, el Tribunal Supremo sostiene que la obligación legal de constituir la garantía no solo abarca a los miembros del consejo rector de la cooperativa (art. 5 del Decreto 3114/1968; ESTRUCH ESTRUCH, J., 2009, pgs. 58-63), sino también a la sociedad gestora, acogiéndose al tenor literal de la redacción originaria de la disposición adicional primera de la LOE, que hablaba de “*la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores*”, pero aclarando que “*esta especial mención de los gestores permite entender que cuando... existe una sociedad mercantil profesionalmente dedicada a la gestión de cooperativas... la responsabilidad frente a los cooperativistas por la omisión de la garantía recae muy especialmente sobre ella, precisamente por su condición de profesional, aun cuando en puridad no sea la perceptora de las cantidades anticipadas y aun cuando solidariamente con ella tuviera también que responder el Consejo Rector de la cooperativa, en este caso no demandado*” (En contra, entienden que la redacción originaria de la disposición adicional primera de la LOE no permitía extender la obligación de constituir la garantía, y la responsabilidad conexa, a la sociedad gestora, BUSTO LAGO, J. M., 2017, pgs. 7-9, 11 y 12 de la edición digital, que afirma que la STS de 12 de julio de 2016 excluye la responsabilidad de los miembros del consejo rector, lo que no parece corresponderse con lo dicho por el Tribunal Supremo, que sostiene que, si se les hubiera demandado, también responderían los miembros del consejo rector, solidariamente con la gestora; y CARRASCO PERERA, A., 2007, pgs. 538 y 544,

aunque sosteniendo que mediante norma se debía haber establecido que la constitución de las garantías no correspondiese a la cooperativa y al consejo rector, sino a la sociedad gestora, con fundamento en las facultades que ordinariamente se les atribuyen y el control que adquieren sobre las cooperativas y sobre el proceso constructivo y contractual, que incluso deberían llevar, de *lege lata*, a interpretaciones que las hicieran responsables).

Es verdad que el indicado apoyo en el tenor literal de la norma es un argumento débil, que, sin ir más lejos, puede destruirse con una reforma normativa, como de hecho ha ocurrido con la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE, realizada por la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, modificando la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, en la que ha desaparecido la referencia a los gestores (lo señala BUSTO LAGO, J. M., 2017, pg. 12 de la edición digital, que señala que con tal retoque normativo la doctrina del TS pierde su casi exclusivo argumento, planteándose si tal doctrina puede mantenerse con el Derecho vigente).

Sin embargo, en esta cuestión no parece que haya que ser excesivamente crítico con el Tribunal Supremo, pues como hemos señalado, una vez realizada la referencia a la literalidad de la norma, explica su razón de ser, poniendo el acento en que la gestora se dedica profesionalmente a la gestión de cooperativas, lo que permite afirmar que viene obligada a la constitución de la garantía legalmente exigida y, en consecuencia, responde de la devolución de los anticipos cuando no pueden recuperarse por faltar tal garantía.

Esta explicación del Tribunal Supremo, aunque ceñida al ámbito específico de la regulación de los anticipos a cuenta de vivienda futura, permite establecer una conexión con la figura del administrador de hecho del art. 236.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aplicable en virtud del art. 43 de la Ley 27/1999 de Cooperativas; también, el art. 43 de la Ley 4/1999, de cooperativas de la Comunidad de Madrid):

*“La responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho. A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”.*

En consecuencia, también con la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE, y pese a la supresión de la referencia a los gestores, las sociedades gestoras de cooperativas que, atendiendo a las circunstancias del caso, asuman la efectiva dirección de la cooperativa, tomen su control y el del proceso constructivo, podrán verse sometidas a la exigencia de responsabilidad por falta de constitución de la garantía legalmente exigida para la devo-

lución de los anticipos, junto a los miembros del consejo rector de la cooperativa. En esta línea parece que se movió la sentencia de primera instancia en el supuesto litigioso objeto de la STS que se comenta cuando afirmó que, aunque la gestora no era promotora ni tenía obligación de suscribir los avales, pues es una persona jurídica diferente de la cooperativa, le alcanzaba la responsabilidad solidaria por los amplísimos poderes que le concedió la cooperativa y por la confusión que su actuación en ese marco generó a la demandante.

#### 5.4. Conclusión

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2016 permite extraer dos conclusiones:

1ª. Que se ha perdido una buena ocasión para que el pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo clarificase la relación o relaciones existentes entre la cooperativa de viviendas y sus socios, ofreciendo criterios para la calificación negocial que, sin duda, habrían repercutido en la formalización de tales relaciones en la práctica, que se hace en formas variadas y, con frecuencia, con un grado de confusión sospechoso en relación con las normas que exigen la constitución de garantías para la devolución de los anticipos para la adquisición de vivienda futura (eludiendo su cumplimiento).

2ª. Que está marcado el camino correcto para exigir responsabilidad a las sociedades gestoras de cooperativas cuando, atendidas las circunstancias, asuman la efectiva dirección de la cooperativa, tomando su control y el del proceso constructivo, lo que suele ser frecuente, sin que los cambios normativos recientemente producidos afecten a la conclusión del Tribunal Supremo, pues existen otras en el ordenamiento que permiten fundamentar, con mayor corrección, el mismo resultado.

## 6. Bibliografía

- BUSTO LAGO, J. M., “Comentario a la STS de 12 de julio de 2016”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103 (enero-abril), 2017, edición digital, pgs. 1-12.
- CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Régimen jurídico de la edificación*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pgs. 529-558.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Interposición gestora de las cooperativas de viviendas”, *Aranzadi Civil*, 1999, vol. III, pgs. 2289-2299.