

CANTIDADES A CUENTA PARA LA COMPRA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN: Una visión práctica de la doctrina del TS relativa a la Ley 57/1968 y la LOE

Mateo C. Juan Gómez

Abogado en Bufete Buades

I. MARCO JURÍDICO

I.I. LEY 57/1968

Nacimiento de la norma

Derogación: Ley 20/2015, de 14 de julio.

Importancia del artículo 1

Otros preceptos de interés (arts. 3, 5, 6, 7, DA)

I.II. LOE (DA 1ª)

Requisitos que deben cumplir las garantías

II. RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR

II.I. RESPONSABILIDAD PENAL

II.II. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

II.III. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Causa de resolución del contrato

Acción individual de responsabilidad

III. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD AVALISTA O ASEGURADORA.

III.I. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.

Concepto de cuenta especial

III.II. CARACTERÍSTICAS DEL DOCUMENTO DE AVAL O SEGURO.

Limitaciones cuantitativas y temporales

Pólizas colectivas de seguro o aval

Extinción de garantías y caducidad del aval

III.III. LA DOCTRINA DEL CONTROL EFECTIVO.

III.IV. EL SUPUESTO DE DISOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO

IV. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEPOSITARIA

IV.I. ORIGEN DEL DEBATE DOCTRINAL.

IV.II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y ESFERAS DE DISCUSIÓN.

Plazo de prescripción

¿Exigencia de previa resolución contractual?

La cuestión de la prueba

IV.III. ¿EXISTE RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONCURRENCIA DE UNA LINEA DE AVALES O PÓLIZA GENERAL DE SEGURO?

I. MARCO JURÍDICO.

A lo largo de nuestra exposición atenderemos a los postulados de 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), a los de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE); y, sobre todo a la doctrina más actualizada del Tribunal Supremo, que interpreta los anteriores códigos normativos y los confronta con los distintos escenarios que se presentan en la práctica.

I.I. LEY 57/1968

Nacimiento de la norma.

Promulgada en época franquista y vigente hasta 2016, se caracterizaba por su carácter conciso (7 artículos, más dos DF y una DA. En total apenas 3 folios), surgió como un auténtico mecanismo de control ante la reiterada comisión de abusos en el mercado inmobiliario, efervescente por aquellas fechas. Así la EM identifica como causa primera de la promulgación de esta norma *«La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos»*.

Corolario de todo lo anterior, lo que pretendió el legislador fue extender a todo tipo de residencias, las garantías que ya se preveían en el Decreto de 3 de enero de 1963¹ para la promoción de viviendas de protección oficial.

El objetivo, en consecuencia, no era otro que el de proveer al comprador de vivienda de una

¹ Norma que sería derogada por el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (Decreto 2114/1968, de 24 de julio) que a día de hoy mantiene su vigencia y en cuyo artículo 114 se recogen los requisitos que debe cumplir todo promotor de VPO que pretenda percibir de los adquirentes cantidades a cuenta durante la construcción.

garantía de recobro eficaz, que le permitiera recuperar las cantidades anticipadas a cuenta, en caso de incumplimiento del constructor-vendedor. El foco de atención se centró en el destino conferido a las cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción, en un intento de garantizar que estos medios económicos sean destinados efectivamente por la promotora a la construcción y no a otros fines.

Derogación: Ley 20/2015, de 14 de julio.

Hay que decir que la longeva Ley 57/1968, de 27 de julio, ha sido derogada por la letra a) de la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; que añade una nueva Disposición Transitoria Tercera la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y modifica la Disposición Adicional Primera *«Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción»*.

Antes de su extinción apenas sufrió diversas reformas, al margen de la derogación de su artículo 6 por la Ley Orgánica que regulaba el nuevo Código Penal. Sin embargo sí son destacables otras normas que le afectan de modo indirecto. En concreto el Decreto 3114/1968, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; y el Decreto 3115/1968, por el que se fija el procedimiento para exceptuar a los organismos de carácter oficial del régimen establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; ambos de 12 de diciembre, vienen a delimitar un poco más el ámbito de aplicación de la Ley.

Por su parte la Orden de 29 de noviembre de 1968, desarrolla los requisitos que deben cumplir las entidades aseguradoras y las pólizas de seguro, para ajustarse a las exigencias de la Ley 57/1968; mientras que el Real Decreto 515/1989 de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; recoge las obligaciones informativas que afectarían al promotor y que inciden, entre otras cuestiones, sobre la publicidad que debe darse a las garantías exigidas en la Ley 57/1968.

Igualmente destacable resulta el Real Decreto 2028/1995, de 22 de diciembre, por el que se establece las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los Planes Estatales de Vivienda; estableciendo las mismas garantías para las promociones de VPO.

Importancia del artículo 1 de la Ley.

La norma va directa al centro de la cuestión, con un primer artículo que recoge en gran medida la esencia de lo pretendido por el legislador y cuya interpretación, aún hoy, sigue suscitando ríos de tinta en la doctrina científica.

En concreto, el precepto guarda la siguiente dicción literal:

«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»

Véase como la primera y más importante medida de protección consiste en garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más el interés del 6%², 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.

De lo anterior se desprende la responsabilidad en la que incurre el avalista o la entidad aseguradora, en caso de que se suceda el riesgo que ha decidido libremente cubrir. Hasta aquí todo parece bastante evidente e intuitivo. Nótese también que el precepto es un claro mandato dirigido a *«las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial»*, por lo que parecería a priori, que los únicos destinatarios de obligaciones serían el promotor y el avalista o asegurador. Ahora bien, la jurisprudencia ha ido abogando por otra dimensión de responsabilidad de las entidades financieras, ya no en su condición de avalistas de la promotora, sino como depositarias de cantidades entregadas a cuenta para la compraventa de viviendas en construcción.

Otros preceptos de interés.

- ❖ Artículo 3: Preveía la facultad del cesionario (adquirente), una vez que ha vencido el plazo de entrega o de inicio de las obras sin que éstas hayan tenido lugar, de optar entre conceder una prórroga o instar la resolución del contrato. Esta previsión legal se ha trasladado actualmente a la DA 1ª de la LOE, concretamente a su apartado cuatro.
- ❖ Artículo 5: Proclama como *«requisito indispensable»* para la propaganda y publicidad de

² En cuanto al tipo de interés del 6%, tal previsión no fue trasladada como tal en la LOE, que refiere –con más criterio–, al interés legal.

la cesión de viviendas con percepción de cantidades a cuenta antes o durante la construcción, que se haga mención expresa de la entidad garante y de la cuenta especial en la que deben ingresarse las cantidades.

- ❖ Artículo 6: De raíz penalista. fue derogado por el apartado 1.f) de la Disposición Derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal. Preveía una modalidad especial del tipo penal de la apropiación indebida, previsto en el artículo 252 CP vigente.
- ❖ Artículo 7: El legislador pretende anticiparse a cualquier tipo de abuso contractual o comercial, declarando expresamente el carácter irrenunciable de los derechos conferidos a los consumidores (*«Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciable»*)
- ❖ DA: Se incluye el mandato al Gobierno para que adapte los principios de la norma a las comunidades y cooperativas de Viviendas.

I.II. LOE

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Ya en su versión inicial extendía el régimen de protección a *«toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa»*, y modificaba el tipo de interés aplicable, que dejaría de ser el 6% para pasar a equipararse al interés legal.

Requisitos que deben cumplir las garantías.

La DA 2ª LOE, recoge los requisitos que deben cumplir las garantías anteriores, para que puedan servir de garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. En concreto:

- ❖ Para el seguro:

- a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales.
- b) La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, incluidos los impuestos aplicables, e incrementada con el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.
- c) Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima por todo el periodo de seguro.
- d) Corresponde la condición de asegurado o beneficiario al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.
- e) Se trata de una garantía *a primer requerimiento*, de tal suerte que el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible.
- f) La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga.
- g) La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.
- h) El asegurado deberá requerir previa y fehacientemente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses. Si éste, en el plazo de treinta (30) días no ha atendido al requerimiento, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado

podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor, por ejemplo, por desconocerse su paradero, haberse extinguido la sociedad, o por fallecimiento. El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

- i) La carga de la prueba de la acreditación de los pagos recaerá sobre el asegurado. Así, no serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro.
- j) El asegurador tendrá posteriormente a su disposición, acción de regreso frente al promotor-tomador, subrogándose en los derechos de los compradores.
- k) Se establece la prohibición de venta del inmueble por parte del promotor, en tanto en cuanto no satisfaga previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.
- l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley de Contrato de Seguro.

❖ Para el aval bancario:

- a) Deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.
- b) Igual que sucede en el caso del seguro, el comprador deberá requerir previa y fehacientemente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses, y sólo si este no atiende al requerimiento en el plazo de treinta (30) días, podrá exigir su pago al avalista. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

- c) Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval.

II. RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR

II.I. RESPONSABILIDAD PENAL

La Ley 57/1968 en su versión originaria recogía no sólo obligaciones de índole civil, sino que en su artículo sexto, hacía referencia a las consecuencias administrativas y penales que podría acarrear al promotor el incumplimiento de las obligaciones recogidas en la norma.

En la Ley de Ordenación de la Edificación no se incluyó ningún tipo de mención relativa a la responsabilidad penal del promotor inmobiliario.

Si atendemos a las razones de la derogación del precepto, concluiremos que las mismas son estrictamente sistemáticas, en aras de corregir lo que suponía una redundancia innecesaria, y la incorporación de reglas de cómputo o fijación de condenas penales en una ley de esencia civilista. La eliminación del precepto no obedece en modo alguno a la voluntad de despenalizar tales conductas, que seguirán siendo subsumibles en los tipos generales previstos en el Código Penal. Tanto es así que la figura de la apropiación indebida no es el único instituto penal que guarda relación con los deberes pregonados en la Ley 57/1968. Si a la conducta anterior le añadimos un engaño previo y bastante, la actuación del promotor bien puede incurrir en un delito de estafa, previsto en el artículo 248 CP³. De hecho, probablemente se aplicase el tipo

³ En el Código Penal se dedica la Sección 1ª del Capítulo VI del Título XIII a «las estafas», es decir, a una serie de hechos que tienen como denominador común el que se produce un perjuicio patrimonial mediante una conducta engañosa. A través de esta característica común, el engaño, la doctrina ha ido elaborando un concepto genérico de estafa capaz de acoger las diversas

agravado previsto en el artículo 250.1 CP, en tanto que el delito recaería sobre un bien de primera necesidad, como es la vivienda.

II.II. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Si bien el artículo 6 de la Ley 57/1968 fue derogado por la Disposición Derogatoria Única del Código Penal de 1995, la DA 1ª LOE sigue previendo la imposición de multas de esta naturaleza, si bien es tarea que corresponde a las Comunidades Autónomas. En concreto, el apartado Siete de la norma, establece:

«Siete. Infracciones y sanciones.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el apartado uno.1 de esta disposición dará lugar a una sanción de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

Además de lo anterior, se impondrán al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación

formas de aparición de ésta. En todas ellas el bien jurídico objeto de protección es el patrimonio ajeno.

El artículo 248.1 CP, recoge el tipo general de la estafa, con la siguiente redacción: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno».

de la edificación».

Conviene tener presente que Ley de Ordenación se limita a establecer el marco sancionador, pero no contiene una regulación detallada de las cuantías ni de los criterios de graduación de la infracción; serán en todo caso las Comunidades Autónomas las que desarrollarán el mandato anterior.

II.III. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Causa de resolución

Es por todos sabido que la facultad de resolver un contrato incumplido por una de las partes, se entiende implícita en las obligaciones recíprocas. En esos casos, el artículo 1124 Cc otorga a la parte perjudicada la posibilidad de optar entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos.

Sin embargo, pese a la literalidad del precepto, la jurisprudencia ha venido exigiendo que para la resolución del contrato no es suficiente cualquier tipo de incumplimiento. Según reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo, sólo es posible promover la resolución ante un incumplimiento que sea imputable a la parte contraria –a la vendedora- y que sea calificable de *«grave o sustancial»* (SSTS de 4 de octubre de 1983, 28 de febrero de 1989, 5 de abril de 2006, 19 de mayo de 2008 y 10 de septiembre de 2012, entre otras), caso contrario únicamente existiría derecho a percibir la correspondiente indemnización.

Las principales causas de resolución del contrato de compraventa futura son, básicamente (i) el incumplimiento del plazo de entrega; o (ii) la falta de constitución de la garantía.

En cuanto a la primera, reza el artículo 1461 Cc que *«el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta»*, siendo ésta su prestación principal en el negocio jurídico. Partiendo de este punto, una línea de discusión muy corriente era la de establecer la frontera entre el mero retraso y un auténtico incumplimiento de la obligación que faculte la

resolución. Sin embargo, la importantísima STS de 20 de enero de 2015 (rec. núm. 196/2013), supone un auténtico e indiscutible punto de inflexión que cambia la doctrina que venía manteniendo la Sala; y afirma que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato. En el ámbito de la Ley 57/68 no será aplicable la doctrina jurisprudencial que interpreta la norma de ámbito general del artículo 1124 Cc.

Y téngase presente que la obligación de entrega se extiende también a la licencia de primera ocupación, de tal suerte que la falta de la misma en plazo puede generar la resolución pese a que la obra esté finalizada. En esta línea es de especial relevancia la STS del Pleno, de 10 de septiembre de 2012 (STS 537/2012, rec. núm. 1899/2008).

Igual que sucedía con el tema del retraso en el cumplimiento de los plazos de entrega, históricamente la jurisprudencia rechazó –en aplicación de la doctrina general del incumplimiento esencial–, que la falta de entrega de las garantías previstas en el artículo 1 de la Ley 57/1968 pudiera justificar la acción de resolución por incumplimiento del contrato.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha ido profundizando en la necesaria imbricación contractual que el citado aval o seguro en garantía presenta en la estructura obligacional del contrato de compraventa. Este desarrollo doctrinal, que se ha llevado a cabo de un modo progresivo, culmina en gran medida con la STS de 12 de marzo de 2013 (STS 221/2013) que perfila el marco de la tipicidad obligacional de esta figura. En este sentido, durante la construcción, la garantía opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si el aval no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada la cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval en garantía. Sin embargo, en una segunda fase, ya de terminación o construcción de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente, su constitución carece de sentido o de reciprocidad pues con la entrega o puesta a disposición se ha cumplido lo debido, de acuerdo con el principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. Así, si la vivienda ya está

construida y en disposición de ser entregada, el incumplimiento de la obligación de entrega de avales puede ser motivo de sanción administrativa, pero no justifica la resolución del contrato.

Acción individual de responsabilidad frente al administrador

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 2014 (STS 242/2014), abrió la vía de la acción individual de responsabilidad de los administradores sociales de la promotora, pudiendo dirigirse directamente los frustrados compradores frente a los negligentes o dolosos gestores de la sociedad vendedora.

Amén de la resolución calendada, cabe citar también otra más reciente, como es la Sentencia de 3 de marzo de 2016 (STS 131/2016; rec. núm. 2320/2013), que estima la acción individual de responsabilidad.

La acción individual de responsabilidad, como modalidad de responsabilidad por ilícito orgánico, entendida como la contraída por los administradores en el desempeño de su cargo, constituye un supuesto especial y excepcional de responsabilidad extracontractual, que cuenta con regulación propia, autónoma pero vinculada en su génesis, y en esencia, al artículo 1902 Cc; si bien se cimienta sobre la infracción del deber objetivo de cuidado y la necesidad de emplear la diligencia de un ordenado empresario.

En lo que corresponde a los requisitos de la acción individual de responsabilidad, el Alto Tribunal entiende que concurren si los administradores deciden no solicitar las garantías exigidas por la Ley 57/1968 o por la DA 1ª LOE. En tanto que (i) se incumple una norma de «*ius cogens*»; (ii) es imputable la conducta omisiva a los administradores de la compañía; (iii) la conducta antijurídica es susceptible de producir un daño –la pérdida del precio pagado a cuenta-; (iv) que el daño que se infiere es directo al tercero que contrata, sin necesidad de que se lesione el interés social; (v) hay relación de causalidad entre la conducta y el daño.

III. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD AVALISTA O ASEGURADORA.

III.I. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad será de naturaleza contractual, si bien con los plazos y requisitos que recoge la DA 1ª de la LOE.

III.II. CARACTERÍSTICAS DEL DOCUMENTO DE AVAL O SEGURO.

En lo que concierne a las garantías previstas en la Ley, es oportuno partir del régimen general aplicable al contrato de fianza, para posteriormente exponer las especialidades que la norma sectorial y, sobretudo, la interpretación que de la misma ha realizado el Alto Tribunal, le atribuye a aquellas que deben garantizar el retorno de las cantidades ingresadas en la cuenta especial.

Limitaciones cuantitativas o temporales

En consecuencia, partamos del artículo 1827 Cc, que proclama la que sin duda es la regla cardinal de toda obligación de fianza, a saber, la interdicción de su presunción, exigiendo que la misma sea expresa e interpretada restrictivamente, sin extenderse más allá de lo contenido en el negocio constitutivo.

Sin embargo la LOE, según redacción conferida por la Ley 20/2015, detalla en el apartado segundo de su DA 1ª los requisitos que deben cumplir tales garantías. Así, para que un contrato de seguro de caución o un aval puedan servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, han de presentar las características que allí se recogen. Entre éstas destaca la de que «la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas [...] incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor». A la par que se incide sobre la circunstancia de que «la duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas».

Sin embargo, insistimos en que antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 20/2015 (1 de enero de 2016), la Ley no preveía la extensión que necesariamente había de tener tal garantía. Piénsese por tanto, en las garantías prestadas con anterioridad a la entrada en vigor, o a aquellas que pese a ser posteriores no cumplan el mandato legal.

Pues bien, en este punto las resoluciones del Tribunal Supremo han venido estableciendo una doctrina firme, taxativa y consolidada, que se inicia con la Sentencia de 3 de julio de 2013 (STS 476/2013, rec. núm. 254/2011), y toma especialmente fuerza a razón de la Sentencia del Pleno de 7 de mayo de 2014 (STS 218/2014, rec. núm.828/2012).

La primera de estas resoluciones, la de 2013, aborda directamente la cuestión del límite cuantitativo de las garantías prestadas conforme a la Ley 57/1968 –en ese caso se trataba un seguro de caución-, toda vez que la responsabilidad recogida en la póliza concertada por la entidad promotora con la compañía aseguradora no cubría la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra. Se pronuncia de forma tajante el tribunal, afirmando que;

«No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores, pues con ello violaba el dictado de los arts. 2 y 68 de la Ley de Contrato de Seguro, pues la Ley 57/68 no establece límites a dicho seguro, sino que exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales. Por todo ello debemos declarar, en este caso, la imposibilidad de establecer límites a las cantidades aseguradas inferiores a las sumas entregadas por los compradores y/o a los intereses legales».

La Sentencia del Pleno traslada esa misma regla a los avales. Así queda perfectamente configurada una excepción a las reglas generales del contrato de fianza, obligándose el garante más allá de lo expresamente pactado. Los derechos de los compradores de viviendas en construcción (tal y como rezaba el artículo 7 de la Ley 57/1968) son irrenunciables e irreducibles, desplegando efectos en toda su extensión tanto frente al obligado principal como

frente al fiador que sólo quiso obligarse parcialmente. Cualquier limitación cuantitativa o temporal a la garantía, se tendrá por no puesta.

Por otra parte, y corolario de la imposibilidad del garante de oponer al beneficiario las excepciones que tuviera frente a la entidad promotora, la LOE prevé expresamente en la letra e) del apartado Dos de la DA 1ª, que «[...] *la falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible*», algo que ya preveía el artículo 4 de la Orden del Ministerio de Hacienda, de 29 de noviembre de 1968.

El aval o póliza general

Nos referiremos a la famosa Sentencia del Pleno de 23 de septiembre de 2015 (STS 322/2015; rec. núm. 2779/2013), en la que el tribunal pasa a exponer tres reglas;

1. Al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada.
2. La emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, legitima a cada uno de los compradores para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968.⁴
3. La ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva

Es de ver que esta tercera regla no es sino una reiteración de la primera, en tanto que la póliza

⁴ Esta regla ha quedado desfasada a razón de la Ley 20/2015 que priva de eficacia ejecutiva a tales documentos individualizados.

colectiva o el aval colectivo se convierte, en suma, en el título que permite imputar responsabilidad al fiador, en su condición de tal. Esta misma tesis ha sido posteriormente confirmada en diversas resoluciones. Entre otras pueden verse las SSTS 272/2016 de 22 de abril de 2016, la STS 626/2016 de 24 de octubre de 2016 o la STS 739/2016, de Pleno, de 21 de diciembre.

Extinción de las garantías y caducidad del aval

Cumple recordar también, y en lo que respecta a la extinción de las garantías prestadas, que ésta se producirá una vez expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente. Asimismo, cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda (DA 1ª, apartado Quinto, de la LOE).

Del mismo modo se producirá la caducidad del aval, transcurrido un plazo de dos (2) años a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada, sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas (DA 1ª, apartado Dos.2.c LOE).

III.III. LA DOCTRINA DEL CONTROL EFECTIVO.

El apartado 1.d) de la DA 1ª LOE, en su redacción anterior a la Ley 20/2015, hacía mención expresa a «*las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario*», como incluidas dentro de la garantía. Ahora bien, ello no quiere decir que cualquier pago realizado por el comprador a la parte vendedora quede garantizada por el garante. Éste, en realidad, sólo responderá de las cantidades sobre las que tenga un control efectivo. Esfera más amplia que la correspondiente únicamente a la cuenta especial, pero no carente de condicionantes.

Para que se comprenda mejor lo que intento exponer, me haré eco de la Sentencia de 29 de junio de 2016 (STS 436/2016; rec. núm. 1696/2014). Ésta aborda la cuestión jurídica relativa a la extensión de la garantía y más concretamente si el aval bancario constituido para garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la compra de vivienda en construcción, debía responder no solamente de las cantidades transferidas a la cuenta especial, sino también de dos pagos en efectivo realizados directamente al promotor y al margen del calendario de pagos previsto en el contrato de compraventa del inmueble. Tales pagos en efectivo constaban acreditados en autos y no eran discutidos.

Sin embargo, no puede desconocerse que existen distintos intereses y diligencias a conjugar, y ello inclina al tribunal a establecer la doctrina correspondiente a los pagos a cuenta realizados en efectivo y al margen del contrato de compraventa, cuando expone:

«Ahora bien, que la responsabilidad de la entidad avalista en la que, además, el promotor tenga la cuenta especial indicada en el contrato de compraventa, como es el caso de la demandada en el presente litigio, sea especialmente rigurosa frente a los compradores no significa que deba quedar inerte frente a cualesquiera incumplimientos contractuales del promotor consentidos o propiciados por el comprador. Desde este punto de vista, la mención de la DA 1ª.b) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su redacción aplicable al caso por razones temporales, a “las cantidades entregadas en efectivo” no puede interpretarse, como propone el recurrente, en el sentido de que la garantía se extiende a cualesquiera pagos en efectivo del comprador al promotor a cuenta del precio total, sino como explicó ya la citada sentencia del Pleno 467/2014, de 25 de noviembre, a la necesidad de llenar el vacío legal existente hasta entonces en relación con las cantidades anticipadas mediante efectos bancarios [...]

[...] por “entregas de dinero” (art. 1 de la Ley 57/1968) habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor “a través de una entidad bancaria o Caja de Ahorros” [...] lo que no excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora».

Se establecen, por tanto, dos nuevas reglas de gran relevancia: (i) los únicos pagos cubiertos por las garantías, en principio, serán aquellos que se ingresen en la entidad bancaria; (ii) sin perjuicio de ello, se extenderá también la garantía a aquellas otras sobre las que la entidad financiera tenga una efectiva capacidad de control. Circunstancia que, si bien no lo apunta el

tribunal, parece claro que deberá ser acreditada por el adquirente demandante.

Siguiendo esta línea y respecto al caso concreto —muy habitual en el mundo de la construcción—, concluye:

«[...] debe descartarse la responsabilidad de la avalista demandada por la cantidad de 33.300 euros, pues aunque en la instancia se haya dado por probada su entrega al promotor-vendedor, lo cierto es que no se corresponde con el contrato de compraventa, que ninguna mención ni precisión contiene acerca de ese anticipo [...] se sustrajo esa cantidad de 33.300 euros a cualquier posibilidad de conocimiento y control por la entidad bancaria demandada, porque a su absoluta falta de mención en el contrato se unió su falta de ingreso en la cuenta especial indicada».

III.IV. EL SUPUESTO DE DISOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO

En este punto, como en tanto otros, es importante remarcar que las garantías previstas en la Ley 57/1968, pese a ser de naturaleza específica y contar con diversas reglas singulares derivadas de su régimen legal, lo cierto es que forman parte en esencia del instituto jurídico de la fianza.

Dentro de la casuística que puede encontrarse en el océano de sentencias dictadas en relación a la Ley 57/1968, encontramos el caso en el que se produce la resolución del contrato de compraventa por mutuo disenso antes del vencimiento del plazo de entrega de la vivienda. No estamos aquí, en puridad, ante un incumplimiento reprochable al vendedor, tampoco al comprador, sino ante una voluntad de ambas partes —por las razones que sea— de dejar sin efecto el acuerdo de compra. Y nótese que ese acuerdo puede no obedecer simplemente al “capricho” de las partes, sino que tal vez pudiera ser simplemente la reacción ante el riesgo de incumplimiento del promotor o vendedor. De tal suerte que el comprador decida resolver el contrato amistosamente, anticipándose al incumplimiento que se le antoja probable y con el fin de evitar conflictos y alejarse de las sedes judiciales. Queremos alertar de que esta falsa

prudencia puede llegar a ser muy perjudicial para los intereses del comprador.

La gran pregunta claro está es la que sigue: ¿puede en ese caso reclamarse de la entidad avalista la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta de esa compraventa de la que se ha desistido? La respuesta es NO. Después de todo el artículo 1847 Cc establece que la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor.

En atención a ello la STS del Pleno, de 23 de marzo de 2015 (STS 133/2015; rec. núm. 2167/2013), revocando el pronunciamiento de las instancias anteriores, declara:

«También procede fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «La extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiese iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda».

Cuestión distinta, claro está, sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante. El incumplimiento, en suma, es el detonante que activa la garantía y su exigibilidad.

IV. RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD DEPOSITARIA

IV.I. ORIGEN DEL DEBATE DOCTRINAL.

Cabe situar el origen del debate doctrinal en la mención incluida en el artículo 1 in fine, de la Ley 57/1968, cuando indica que *«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».*

Dicha expresión es susceptible de interpretaciones diversas, dotándolo de una flexibilidad que le ha permitido adaptarse a nuevas y cambiantes doctrinas jurisprudenciales.

Concepto de cuenta especial

El precepto parece exigir a razón de su tenor literal, que nos encontremos ante una cuenta especial. Pero ¿qué es una cuenta especial? ¿Qué requisitos exige que una cuenta corriente sea considerada como tal? ¿Es preciso que se abra haciendo expresa mención de esta naturaleza?

Pues bien, la STS del Pleno, de 13 de enero de 2015 (rec. 2300/2012) pregona la siguiente máxima: la obligación de depositar las sumas en cuenta especial, es exclusiva del promotor, sin que en modo alguno se pueda condicionar el derecho del comprador a la restitución de cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial. En suma, viene a decir, que la entidad depositaria responderá de las cantidades percibidas, lo fuera en cuenta especial o no, siempre que conozca el origen y naturaleza de los ingresos.

IV.II. NATURALEZA DE LA ACCIÓN Y ESFERAS DE DISCUSIÓN.

En un escenario de ausencia de aval individual entregado al comprador, parece innegable que no existe ninguna relación contractual que una a la entidad de crédito con los concesionarios de las viviendas futuras. Habría de concluirse que ésta sería una responsabilidad «*ope legis*» o extracontractual.

Plazo de prescripción

Quedaría por perfilar si se trata de una acción personal y, por tanto, con un plazo de prescripción de cinco (5) años (artículo 1964 Cc), o si es puramente una responsabilidad extracontractual, prescribiendo al cabo de 1 año, *ex* artículo 1968 Cc.

Resuelve esta incógnita la Sentencia del Pleno, de 16 de enero de 2015 (rec. núm. 2336/2013),

que sienta jurisprudencia y afirma que estamos ante una obligación que nace de la ley, a la que es aplicable el plazo de prescripción general de las acciones personales. Confirma asimismo la teoría de la *«actio nata»* en relación a la fijación del *«dies a quo»*, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1969 Cc, que dispone que *«...se contará desde el día en que pudieron ejercitarse...»*.

Conclusión de lo expuesto, podemos decir que la regla que determinará el análisis de la prescripción de la acción es cuestión pacífica en la actualidad y pasa por examinar si han transcurrido cinco (5) años desde el momento en que los perjudicados pudieron interponerla.

¿Exigencia de previa resolución contractual?

Históricamente, algunas resoluciones judiciales venían exigiendo que con carácter previo a dirigir la acción frente a la entidad financiera depositaria debía procederse a la resolución del contrato de compraventa. Así lo entendía, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, de 22 de marzo de 2013 (SAP Alicante 135/2013; rec. núm. 684/2012), pregonaba que, de admitirse *«a efectos puramente dialécticos, la condición de garante legal de la entidad financiera, sería necesario acreditar la resolución del contrato de compraventa como presupuesto para exigir la devolución de las cantidades allí ingresadas»*.

Frente a esto, el Tribunal Supremo, a partir de la STS de 7 de mayo de 2014, afirma la apertura automática de la vía para reclamar frente a la entidad financiera en cuanto se incumple el plazo de entrega de la vivienda. Ello sin posibilidad de entrar a discutir sobre si el retraso es más o menos breve, o de naturaleza esencial, y sin necesidad de dirigir la demanda también frente a la entidad promotora. Eso sí, en todo momento se refiere el tribunal a la entidad avalista, en tanto que tal, sin plantearse el supuesto de la responsabilidad estrictamente legal por ausencia de aval.

Y es que a partir de este momento vemos que las distintas audiencias provinciales asumen que siempre podrá dirigirse el comprador frente a la entidad financiera, pese a que no exista el aval a primer requerimiento, aplicando analógicamente la doctrina correspondiente a las avalistas *strictu sensu*. Un ejemplo de lo que apuntamos lo constituye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 24 de junio de 2016 (SAPMad. 239/2016; rec. núm.

308/2016), que invoca la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la facultad del comprador de dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas⁵.

Véase que corolario de lo anterior, no se trata ya de decidir sobre si debe o no responder el depositario, al incumplir la labor de control que le impone el legislador en el artículo 1 de la Ley 57/1968 o en la DA 1ª LOE. Si no que, presuponiendo eso, se procede a equiparar tal responsabilidad «*ope legis*» a la que sería predicable de un aval autónomo, negándose a la entidad financiera –como si se tratase de un auténtico garante a primera demanda- la posibilidad de excepcionar la falta de incumplimiento del contrato, o de exigir su previa resolución.

Por mi parte considero que este “salto tácito” que no desconocemos se está llevando a cabo por las distintas audiencias provinciales, supone extender la doctrina del Tribunal Supremo más allá de lo declarado –al menos formal y expresamente- por éste. Apuntado lo anterior, es de justicia matizar que lo cierto es que no nos extrañaría en demasía que dentro de la línea tuitiva que está manteniendo, y atendiendo al carácter solidario de la responsabilidad legal predicada del depositario negligente, el Alto Tribunal refrendara esta interpretación analógica y declarase la facultad del cesionario de dirigir su acción directamente contra la financiera, sin exigir la previa resolución del negocio de compraventa.

La cuestión de la prueba

Construida una consolidada jurisprudencia relativa a la depuración de responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones recogidas en la Ley 57/1968 y en la LOE, podría pensarse que la reclamación por la que se persigue la recuperación de las cantidades abonadas a cuenta es una tarea cuasi mecánica y puramente jurídica. Una perspectiva como la anterior, por simplista, es sumamente peligrosa a la par que desatiende una cuestión cardinal, que en no pocas ocasiones constituye el verdadero «*punctum saliens*» de la litis. Nos referimos a la carga de la prueba.

5 Recogida en las SSTs de 30 de abril de 2015, 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014.

¿Qué corresponderá acreditar al demandante? **(i)** la realidad de los pagos y, **(ii)** que los mismos se han llevado a cabo a través de la cuenta corriente de la entidad financiera demandada, y ello con la debida explicación o detalle del origen y destino de los fondos. De mantenerse la incertidumbre sobre alguno de estos extremos, la demanda deberá ser desestimada total o parcialmente (así por ejemplo cuando no se pueda acreditar la totalidad de los pagos, o algunos de ellos se hayan realizado por vías distintas del ingreso o transferencia a la cuenta corriente de la promotora).

¿Qué corresponderá acreditar a la demandada? La difícil tarea de demostrar que, pese a tales indicios, existen otros hechos que justifican que su responsabilidad deba ser exonerada (un ejemplo sería la concurrencia de una garantía concedida por otra entidad, con independencia de que sea individual o colectiva); o el total desconocimiento de la existencia de una promoción y el origen de los pagos.

IV.III. ¿EXISTE RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONCURRENCIA DE UNA LINEA DE AVALES O PÓLIZA GENERAL DE SEGURO?

No se olvide que según la LOE debe suscribirse una póliza de seguro individual por cada adquirente, o en su caso un aval individual, que se les entregará en garantía de la devolución de las cantidades pagadas a cuenta. Pero tampoco que, como hemos visto, es suficiente con que exista el documento genérico de línea de avales o póliza general de seguro, para que el garante deba responder frente a los compradores.

Una primera pista la encontramos en la STS de 1 de junio de 2016 (STS 360/2016; rec. núm. 246/2014). Por medio de esta resolución se desestiman las pretensiones de los compradores frente a la promotora, y se indica que concurriendo una póliza colectiva de seguro de afianzamiento, pese a la falta de emisión de pólizas o certificaciones individuales *«tampoco podría afirmarse un incumplimiento de la promotora, por omisión de la garantía expresamente pactada, que justificara la resolución del contrato de compraventa a instancia del comprador»*.

Ergo, si no hay incumplimiento de la promotora –esto es, del artículo 1 Ley 57/1968-, no parece que haya título de imputación tampoco para la entidad depositaria. La regla de tres es sencilla, si la póliza colectiva o la línea de avales deben ser tenidas por garantías o afianzamientos suficientes (pese a no emitirse las certificaciones o avales individuales), deviniendo obligadas las compañías a responder frente a los compradores, y no permitiendo resolver el contrato de compra por incumplimiento; *a priori*, y *a sensu contrario*, no parece posible achacar a las entidades financieras depositarias una suerte de negligencia que haya conllevado la entrega de cantidades a cuenta sin la cobertura de una debida garantía.

A mi parecer no resultaría demasiado coherente que se considere, por una parte, que tal garantía existe y ha sido debidamente otorgada, a los efectos de exigir responsabilidad a la aseguradora – en la línea sostenida por la STS del Pleno de 23 de septiembre de 2015-; pero luego se niegue su concurrencia para exigir responsabilidad a las entidades depositarias, en base a la ausencia de tal garantía.

Si bien tampoco puede desconocerse que se está incumpliendo de hecho la obligación prevista en la DA 1ª LOE, que exige la emisión de las certificaciones o avales individuales. ¿Qué debe primar más, el reproche frente al depositario, o la coherencia de la tesis doctrinal que interpreta el precepto?

En respuesta a tal interrogante, traemos a colación tres resoluciones.

La primera, la STS de 23 de septiembre de 2015, (rec. núm. 2779/2013). En ella se condena solidariamente a la entidad aseguradora, y a la entidad financiera depositaria, quién emitió a su vez una línea de avales o afianzamiento global. De una lectura detenida de la resolución se desprende nítidamente que la condena a la entidad financiera no se ampara en su condición de depositaria, sino en su condición de cofiadora, por haber emitido una póliza o línea general de avales.

La segunda, la STS de 1 de junio de 2016 (STS 360/2016; rec. núm. 246/2014) , ya citada. Si no hay incumplimiento por parte del promotor que pueda dar lugar a la resolución del contrato, es

lógico pensar que tampoco de la depositaria.

Por último, citaremos la reciente STS de 14 de septiembre de 2017 (STS 3280/2017). En ella se conoce de un recurso que se estructura en un único motivo. En suma, se analiza la responsabilidad de la entidad financiera depositaria en un supuesto en que ha quedado acreditada la suscripción de una póliza de seguro, de la que no se expidieron certificados individuales. La Sala alcanza la siguiente conclusión:

«Sentado, pues, que la entidad de crédito hoy recurrente abrió la cuenta especial de la promotora legalmente exigida para el ingreso de las cantidades anticipadas por los compradores, que esta cuenta se encontraba garantizada mediante una póliza colectiva de afianzamiento suscrita por la promotora y una compañía de seguros y en fin, que la entidad de crédito comunicó a la aseguradora la apertura de la cuenta especial, la única conclusión posible es que la entidad de crédito codemandada hoy recurrente no incurrió en la responsabilidad del art. 1-2ª de la Ley 57/1968, pues cumplió con todo aquello que le era exigible según la doctrina jurisprudencial».

Así las cosas, el fruto de cohonestar los distintos extremos de la doctrina que ha ido desarrollando de forma casuística el Alto Tribunal, nos conducen finalmente a concluir que la entidad depositaria NO será responsable en aquellos supuestos en que exista una póliza colectiva de afianzamiento.
