

Derecho de Contratos



A Fondo

Las tres esferas de responsabilidad, de acuerdo con la Ley 57/1968 y la Ley de Ordenación de la Edificación

Mateo C. Juan Gómez

Abogado Bufete Buades

Resumen: *El artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, vigente hasta 2016, pese a haber mantenido la literalidad de su redacción, ha sido objeto de múltiples y dispares interpretaciones, evolucionando la doctrina del Tribunal Supremo a medida que se veía obligado a responder a los distintos interrogantes que le planteaba la más variada casuística. Actualmente, fruto de cohonestar las distintas resoluciones judiciales dictadas por la Sala*

Primera del Alto Tribunal (muchas de ellas en Pleno) durante el último lustro, contamos con una doctrina firme y compacta que nos permite delimitar la esfera de responsabilidad en la que incurren los distintos operadores jurídicos que de un modo directo o indirecto intervienen en el contrato de compraventa de vivienda en construcción. Nos referimos al promotor, al garante (ya sea una entidad financiera avalista, ya una compañía aseguradora) y a la entidad financiera depositaria. Todos ellos figuran —con mayor o menor intensidad— en el artículo 1 de la extinta Ley 57/1968. El Tribunal Supremo ha delimitado en qué casos responderán el segundo o el tercero, siempre además del primero. En este marco cobran especial importancia el principio de la carga de la prueba, la doctrina del control efectivo y los efectos de una garantía genérica.

Palabras clave: Compraventa, vivienda, construcción, promotor, consumidor, pago a cuenta, seguro, aval, depositario.

Abstract: *Section 1 of Act 57/1968, of 27 July, on the receipt of amounts paid in advanced in the construction and sale of housing, in force until 2016, despite having maintained the literality of its wording, has been the subject of multiple and disparate interpretations, evolving the doctrine of the Tribunal Supremo (Supreme Court), to the extent that it was obliged to respond to the different questions posed by the most varied casuistry. Currently, as a fruit of endorsing the various judgements pronounced by the First Chamber of the High Court (many of them in Plenum) over the last five years, there is a firm, compact doctrine that allows us to delimit the area of liability in which incur legal operators directly or indirectly involved in the contract of sale of a housing under construction. We are referring to the developer, the guarantor (whether a financial guarantor or an insurance company) and the depositary financial institution. They are all contained, with greater or lesser intensity, in Section 1 of the now-expired Act 57/1968. The Supreme Court has defined in which cases the depositary financial institution or the guarantor will be held responsible, always in addition to the developer. In this framework, the principle of the burden of proof, the doctrine of effective control and the effects of a generic guarantee are of particular importance.*

Keywords: Sale, housing, construction, developer, consumer, payment on account, insurance, guarantee, depositary.

I. Introducción

Reza el artículo 3.1 del Código Civil que las normas se interpretarán, entre otras reglas, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su «telos», a su espíritu y objetivo. Precepto que se complementa perfectamente con el artículo 1.6 del mismo cuerpo normativo, según el cual «*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*».

Estas normas se integran en el Título Preliminar del Código Civil, que como nos recuerda URRAZA ABAD (1), ejerce auténticas funciones de derecho común.

Pues bien, uno de los mejores ejemplos que podemos encontrar acerca de la evolución/mutación interpretativa de una norma, generada por la interpretación del tribunal estatal y la necesaria adecuación a las realidades sociales del momento (sin necesidad de que se altere su tenor literal), es sin lugar a duda el artículo 1 de la ya extinta —pero aún muy recurrida— Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Dicha norma, promulgada en época franquista y vigente hasta 2016, se caracterizaba por su carácter conciso (apenas tres folios de extensión, en los que encontrábamos, contando disposiciones finales y adicionales, únicamente diez preceptos), vio la luz como respuesta a la indignación social surgida ante la reiterada comisión de abusos en el mercado inmobiliario,

efervescente por aquellas fechas. Así la EM identifica como causa primera o motor 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»*.

Y resulta muy llamativo que, transcurridos cuarenta años desde su ininterrumpida vigencia, ese texto preconstitucional, ignorado por la mayoría de operadores jurídicos y económicos, posiblemente tachado de «franquista», proteccionista y otros adjetivos al uso, se revelara como un instrumento de protección de los derechos de los consumidores, de colosales dimensiones, de suerte que tanto la reforma operada a raíz de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, como su defunción por *mor* 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; no hacen sino más que confirmar la utilidad y oportunidad de ese texto legal que durante tanto tiempo fue inadvertido, pero que tan vigente se ha evidenciado.

El tiempo ha puesto en evidencia la utilidad y oportunidad de ese texto legal que durante tanto tiempo fue inadvertido, y que se ha revelado como un instrumento de protección de los consumidores de colosales dimensiones

No puede desconocerse que la Ley 57/1968 pese a no estar ya vigente, continúa siendo de gran interés para doctrina y jurisprudencia. Después de todo, y sin perjuicio del innegable valor dogmático de la ley, una parte importante de los contratos de ejecución de obra que están siendo incumplidos en la actualidad aún fueron celebrados al abrigo de la antigua Ley.

Eso sí, la interpretación que de la misma se ha ido realizando a lo largo de los años ha sido muy dispar. En la actualidad, no sin ciertas dudas, podemos afirmar que contamos ya con un marco normativo y jurisprudencial suficientemente compacto, que nos permite delimitar las, digámoslo así, «reglas del juego», y las esferas de responsabilidad de los distintos operadores jurídicos que de uno u otro modo intervienen en el marco de una compraventa de vivienda en construcción. Cumple advertir que a tales conclusiones se llega tras la unión de las distintas piezas del

rompecabezas, representadas las mismas a modo de casuística jurisprudencial, que da solución a distintos escenarios. Soluciones parciales que, cohesionadas entre sí, nos permiten una imagen más o menos fiable del puzle.

Se pueden decir muchas cosas sobre la Ley 57/68 y la LOE, su ámbito de aplicación, sus efectos transversales a nivel penal, administrativo, etcétera; pero la vocación del presente artículo es menos ambiciosa. Lo que pretendemos es llamar la atención al lector sobre las tres esferas de responsabilidad que subyacen al derecho de los compradores de vivienda en construcción, de verse restituidos en las cantidades entregadas a cuenta, caso de incumplimiento del contrato por parte del promotor. En los últimos tiempos el Alto Tribunal ha ido perfilando la responsabilidad en la que incurre, por supuesto y principalmente, el promotor, pero también la entidad garante y/o la entidad depositaria de los fondos.

Quién más, quién menos, habrá oído hablar sobre la flexibilidad y ampliación de la protección dispensada por la jurisprudencia a los consumidores que ven frustradas sus expectativas de adquisición de vivienda...pero existen otros elementos en juego, que es preciso conocer antes de sumergirse en un posible pleito de esta naturaleza. Nos referimos, por un lado, a la importancia que cobra en este ámbito el principio de la carga de la prueba, pero también doctrinas de raíz puramente jurisprudencial, como son la del control efectivo o la extensión de la responsabilidad asumida por los garantes, y su posible carácter excluyente respecto de las entidades depositarias.

Es a estas tres esferas de responsabilidad a lo que dedicaremos nuestro estudio.

II. Primera esfera de responsabilidad: el promotor

Dejando al margen posibles responsabilidades de índole penal o administrativa que cabe imputar al promotor de la construcción de viviendas que incumple las obligaciones impuestas por la Ley 57/68 o la LOE; nos centraremos en las consecuencias estrictamente civiles. Y más en concreto, nos detendremos sobre la facultad resolutoria que la Ley reconoce a favor del comprador perjudicado, y examinaremos cómo la responsabilidad derivada de tal incumplimiento puede alcanzar al administrador societario, caso de que la promoción se haya asumido por una sociedad de capital.

1. La acción resolutoria

La acción resolutoria viene configurada como una medida (desvincularse o poner fin a la relación) que la ley concede a la parte de la relación obligatoria (que ha cumplido) como protección de su interés, como consecuencia del incumplimiento en que incide la otra parte, con la posibilidad (a manera de sanción al incumplidor) del resarcimiento de los daños. Dicha facultad se entiende implícita (tácita o sobreentendida) en las obligaciones recíprocas, con fundamento en la equidad contractual y entronque con el deber de fidelidad y acatamiento a la palabra dada (*pacta sunt servanda*). La plasmación positiva de este derecho general, lo encontramos en el artículo 1124 Código Civil.

«Es el artículo 1124 el que, en su párrafo segundo, faculta al perjudicado para escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, por lo que la posibilidad de elección se produce una vez que se dan los presupuestos para la resolución a que se refiere la expresada norma pero no cuando, como ocurre en el caso, se ha entendido que los incumplimientos de una de las partes no alcanzan eficacia resolutoria» (STS 12 de marzo de 2010).

Ahora bien, concurren dos categorías de incumplimiento, perfectamente diferenciadas, que dan lugar a la resolución del contrato. Nos referimos a la doctrina relativa al «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria», por una parte, y al «incumplimiento esencial» por otra. Ambas merecen un tratamiento autónomo, habiendo sido deslindados con mano de cirujano en la famosa Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 2013 (STS 638/2013, rec. 2150/2011).

Grosso modo, el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas (SSTS de 18 de mayo de 2012, núm. 294/2012 y 14 de noviembre de 2012 núm. 658/2012, entre otras), que únicamente darán lugar al derecho a ser resarcido por los perjuicios sufridos. El segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado.

En relación con estos últimos, cobrarán especial importancia aquellas expectativas que se hayan causalizado por las partes a la hora de suscribir el contrato, o que guarden relación con el plano satisfactivo —entendido en términos tanto objetivos como subjetivos— de las partes. Un ejemplo claro en el supuesto de compraventa de viviendas en construcción lo encontramos con la finalización y entrega del inmueble, pero sin la obtención de la correspondiente licencia de primera ocupación. En esta línea es de especial relevancia la STS del Pleno, de 10 de septiembre de 2012 (STS 537/2012, rec. núm. 1899/2008).

Por lo que respecta al incumplimiento prestacional con relevancia resolutoria, dos son las principales causas en los contratos de compraventa futura: (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.

La STS 20 de enero de 2015 supone un punto de inflexión al afirmar que el retraso en la entrega constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato, aunque éste no sea especialmente intenso o relevante

En lo referente a la falta de entrega de la garantía, la doctrina jurisprudencial de la Sala ha ido profundizando en el rol 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, encuentra su perfección en la STS de 12 de marzo de 2013 (STS 221/2013).

Ésta plantea una solución salomónica, a nuestro parecer sumamente acertada, según la cual, durante la construcción — y sólo entonces— la garantía opera como una obligación bilateral. Es decir 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, una vez terminada la construcción, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente, el incumplimiento de la obligación de entrega de avales puede ser motivo de sanción administrativa,

pero no justifica la resolución del contrato. No cabe duda de que lo anterior guarda estrecha relación con el artículo 7 del Código Civil, la proscripción del abuso de derecho, y la doctrina de los actos propios.

2. La responsabilidad personal del administrador

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 2014 (STS 242/2014), abrió la veda para la «caza» del administrador social a través de la acción individual de responsabilidad. El comprador perjudicado por el incumplimiento del promotor —sociedad de capital— que no ha cumplido las obligaciones incardinadas en la Ley 57/1968 y la LOE, al no otorgar una garantía al comprador contra el/los pago/s a cuenta realizado/s; podrá dirigirse directamente contra el órgano de administración de aquél.

Tal postura del Alto Tribunal ha sido refrendada en posteriores pronunciamientos, como pueda ser la Sentencia de 3 de marzo de 2016 (STS 131/2016; rec. núm. 2320/2013), que estima la acción individual de responsabilidad.

El nacimiento de la acción individual de responsabilidad, como apunta CABANAS TREJO (2) , está referido al daño sufrido directamente por el reclamante, ya se trate de un socio, o de un tercero.

Cohonestando la doctrina propia de esta institución jurídica y sus requisitos, con las obligaciones propias de la Ley 57/1968 y la LOE, y más en concreto con la entrega al consumidor de la preceptiva garantía que cubra las cantidades entregadas a cuenta del precio, el Alto Tribunal entiende que tal conducta es perfectamente subsumible en el esquema de la acción individual. Ello en tanto que:

- Se incumple una norma de «*ius cogens*» —el art. 1 Ley 57/68 o la DA 2ª LOE—.
- Es imputable la conducta omisiva a los administradores de la compañía —pues un acto negligente o doloso de tales dirigentes—.
- La conducta antijurídica es susceptible de producir un daño —la pérdida del precio pagado a cuenta, nada menos—.
- El daño que se infiere es directo al tercero que contrata, sin necesidad de que se lesione el interés social.
- El nexo causal entre la conducta y el daño es axiomático.

III. Segunda esfera de responsabilidad: el garante

En este apartado entenderemos por garante a aquél que haya entregado una garantía de las previstas en la DA 1ª de la LOE. Acogiéndonos a la DA 2ª LOE diremos que tales garantías pueden otorgarse bien mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas. El objeto de estas no es otro que garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses legales, *«para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda»*.

En cuanto a la formalidad de las garantías, y sin perjuicio de lo que se dirá en relación con el carácter indisponible de los derechos de los compradores, la Ley define los extremos que deberán recoger los dos tipos de garantía y las reglas de prescripción a los que se sujetarán.

Así, por ejemplo, cabe destacar en relación a la póliza de seguro las siguientes exigencias: (i) se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente; (ii) contemplará la cuantía total de las cantidades —impuestos incluidos— más intereses legales; (iii) es una garantía a primer requerimiento; (iv) la duración nunca será inferior a la del compromiso de construcción; (v) se establece un requerimiento previo al promotor para poder reclamar al asegurador; (vi) hay una remisión general —supletoria— a la Ley del Contrato de Seguro. Por otra parte, se genera una cierta confusión en relación a la prórroga de tales garantías, desde el momento en que la Ley advierte que la prórroga del contrato de compraventa, *«el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga»*, de lo que parece inferirse que estamos ante una facultad del promotor —que puede ejercitar o no—, de tal suerte que en caso de prórroga del contrato de compraventa podría operar aquél con ausencia de la preceptiva garantía. Tal interpretación —que parece no obstante la más acorde a la literalidad del precepto—, a mi entender no podría prosperar a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, e incluso a la vista de la propia LOE, en tanto que, por un lado, el otorgamiento de una garantía conforme a la Ley 57/68 (o la LOE) implica la asunción de la responsabilidad que allí se contempla. Y, por otro lado, como reza la propia LOE, el impago de la prima no es cuestión oponible al asegurado. De tal suerte que, si la facultad de prórroga escapa de la voluntad de la aseguradora —pues parece configurarse como un derecho o prerrogativa del promotor—, y queda condicionada únicamente al pago de una prima...cuyo impago no es oponible al asegurado, cabe pensar que frente a éste la aseguradora responderá en todo caso.

En lo que refiere al aval bancario, sus características son similares a las del seguro, previéndose una reclamación previa a la empresa promotora y, eso sí, una peculiaridad muy relevante, cual es un plazo de caducidad del aval: dos años a contar desde el incumplimiento sin que se haya requerido la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades.

Tal previsión normativa reviste una gran importancia si se confronta con la STS del Pleno, de 16 de enero de 2015 (rec. núm. 2336/2013), **que** sienta jurisprudencia en torno al plazo de prescripción de la acción contra la entidad depositaria que no ha exigido la constitución de tales garantías (tercera esfera de responsabilidad a la que nos referiremos más adelante). Esta resolución, y las que posteriormente le siguen, sostiene que, en el caso de ausencia de garantía, nos encontramos ante una obligación que nace de la ley, a la que es aplicable el plazo de prescripción general de las acciones personales. De acuerdo con lo previsto en el artículo 1969 Cc, la prescripción de la acción se sucederá transcurridos cinco (5) años desde el momento en que los perjudicados pudieron interponer la acción.

Nótese el contraste. Si hay garantía, el avalista responderá con un plazo de caducidad de dos (2) años, mientras que si no hay garantía, cumpliéndose los requisitos a los que haremos referencia más adelante, la entidad depositaria puede ser el objetivo de una acción que prescribirá —que no caducará— en un plazo de cinco (5) años.

Partiendo de esta base, es mi intención detenerme en tres extremos que considero de principal relevancia para comprender la extensión de la responsabilidad de la entidad garante. La primera, la proscripción de límites cuantitativos o temporales de la garantía. El segundo, el nacimiento de responsabilidad pese a que no se haya emitido la póliza de seguro individual que contempla la LOE.

Por último, a modo de auténtico eximente de responsabilidad, nos detendremos en la doctrina del control efectivo.

1. Proscripción de límites cuantitativos o temporales

En el marco de la LOE y la difunta Ley 57/68, se han de superar los esquemas clásicos de la institución jurídica de la fianza y obviar lo dispuesto en el artículo 1827 del Código Civil sobre la exigencia de su carácter restringido al porcentaje de responsabilidad expresamente asumido.

Ya hemos visto que la LOE exige que la garantía se extienda, sí o sí, a la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta. Así, si una determinada entidad se constituye voluntariamente en garante, es con conocimiento de que —diga lo que diga el contenido del seguro o aval otorgado—, por imperativo legal, la obligación asumida alcanza a la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta. Sin embargo, 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.

Diga lo que diga el contenido del seguro o aval otorgado, por imperativo legal, la obligación asumida alcanza a la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta

Pues bien, la doctrina del Tribunal Supremo es clara y contundente. Basta con atender a la línea marcada por la Sentencia de 3 de julio de 2013 (STS 476/2013, rec. núm. 254/2011), y recalcada con mayor fuerza en la posterior Sentencia del Pleno de 7 de mayo de 2014 (STS 218/2014, rec. núm. 828/2012). La primera refiere a una entidad aseguradora, la segunda a una entidad avalista.

De ambas se extrae el siguiente razonamiento: no procede respetar los límites cuantitativos de la garantía, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, no debió contener límites inferiores. De lo contrario se violaría el espíritu de la norma, que exige la cobertura de todas las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales.

Asimismo cumple subrayar nuevamente la previsión contenida en la DA1^a. Dos.e) LOE, según la cual «[...] la falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible».

2. La garantía general (falta de garantía individual)

La cuestión es sencilla. La LOE exige, como requisito del seguro, que se emita una póliza individual para cada comprador. Si ésta no se ha emitido, y la promotora dispone únicamente de una póliza general ¿puede exigirse responsabilidad a la compañía aseguradora?

La respuesta a dicho interrogante (que es afirmativa), la hallamos en la Sentencia del Pleno de 23 de septiembre de 2015 (STS 322/2015; rec. núm. 2779/2013) (3). La resolución apuesta nuevamente por una interpretación garantista de la norma, atendiendo a su espíritu proteccionista. Según el tribunal deben ser tuteladas las expectativas de los compradores que entregaron cantidades ante la aparente protección que entendieron les dispensaba la garantía general, ignorando que precisasen de un documento que contemplase una garantía más específica.

Desde entonces es pacífica y debe incorporarse al «puzzle doctrinal» la máxima de que la garantía general —pese al tenor de la LOE— es título suficiente para exigir responsabilidad a la entidad aseguradora o avalista.

3. La doctrina del control efectivo

Esta dimensión de la doctrina del TS pasa más inadvertida para muchos, pero debido a su estrecha vinculación con el principio de carga de la prueba y, al fin, con la prosperabilidad de la acción, debe ser muy tenida en consideración en un pleito, tanto por las direcciones letradas como por el tribunal que conozca del debate litigioso.

Como todos los escenarios que configuran la doctrina emanada de la Ley 57/68, la raíz no es otra que el ánimo de responder a un interrogante. En este caso: ¿la entidad garante debe responder de todos los pagos realizados por los compradores, se hayan realizado en la forma en

que se hayan realizado? En esta pregunta subyace una cuestión más subjetiva, ¿qué control puedo tener yo, como entidad garante, de la realidad y del montante de los pagos que conforman la obligación asumida? Y relacionado con lo anterior —y perdónese nuestra afición por las preguntas— ¿la garantía engloba únicamente los pagos realizados en la «cuenta especial» (4), o cualquier pago instrumentalizado al margen de esta?

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 los pagos en efectivo realizados directamente al promotor, pagos que constaban acreditados en autos y no eran discutidos. Pagar, se pagó, pero ¿debe responder de tales pagos el garante?

Después de todo, como reconocerá el propio tribunal: *«que la responsabilidad de la entidad avalista [...] 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»*.

En este punto la Sala opta por la búsqueda del término medio aristotélico y afinando su tesis, fija una regla general, seguida de una excepción. La regla: los únicos pagos cubiertos por las garantías, en principio, serán aquellos que se ingresen en la entidad bancaria. La excepción: sin perjuicio de ello, se extenderá también la garantía a aquellas otras que fueran conocidas y sobre las que la entidad financiera tenga una efectiva capacidad de control.

En la práctica, pensemos en el caso en que la entidad garante haya sido informada al tiempo de constituir la garantía, sobre el calendario de pagos y el modo en que los mismos van a instrumentalizarse...si pese a ello otorga la garantía, parece claro que no podrá excepcionar después que no responde de aquellos que no se hayan instrumentalizado a través de la cuenta especial. Al menos no si se ajustan a la previsión por ella conocida y admitida.

IV. Tercera esfera de responsabilidad: el depositario

Perfiladas las dos esferas de responsabilidad más evidentes, por su carácter expreso (la del promotor y la del garante), cabe que nos detengamos sobre el tercer protagonista de esta función: la entidad depositaria. Su responsabilidad será subsidiaria, *ex lege*, para el caso de que haya admitido pagos a cuenta para la compra de viviendas en construcción sin exigir del promotor la previa constitución de la preceptiva garantía. Qué duda cabe que ello exige, para empezar, un conocimiento sobre la existencia de tales pagos, su origen y finalidad (5). No se trata, por ende, de una responsabilidad automática ni objetiva, sino más bien subjetiva o punitiva.

La base positiva de la responsabilidad la encontramos en el artículo 1 Ley 57/1968, *in fine*, que establece 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»*.

Si bien la responsabilidad parece circunscribirse a las cantidades ingresadas en la cuenta especial, la jurisprudencia ha venido a aclarar que la responsabilidad deriva del hecho de constituirse en depositario de las cantidades a sabiendas de su origen. No requiere de la constitución de una cuenta especial —como tal—, pues de lo contrario sería muy fácil burlar la responsabilidad. Bastaría con ser depositario, a través de cualquier cuenta corriente (STS del Pleno, de 13 de enero de 2015; rec. 2300/2012).

En suma, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de cantidades anticipadas, al ingreso de estas en la cuenta especial. Pero ello no obsta, porfiarnos, que para que nazca la responsabilidad, la entidad depositaria ha de conocer el origen y destino de los fondos.

La responsabilidad de la entidad depositaria será subsidiaria, ex lege, para el caso de que haya admitido pagos a cuenta sin exigir del promotor la previa constitución de la preceptiva garantía

Ya hemos apuntado que se trata de una responsabilidad *ex lege*, de naturaleza personal, por lo que el plazo de prescripción de la acción será de 5 años.

Por otro lado, pese a que la LOE es clara a la hora de exigir la previa intimación del promotor para poder reclamar la responsabilidad del garante, no sucede lo mismo en el caso del depositario. Al contrario, 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.

Expuesto lo anterior, me gustaría detenerme en un supuesto concreto y no poco polémico. A saber, la posible responsabilidad de la entidad depositaria en aquellos supuestos en que concurre una póliza general de seguro.

Véase la doble dimensión de la cuestión. Hemos expuesto que la responsabilidad de la entidad financiera depositaria es, en cierto modo, punitiva, en tanto que el legislador le hace responsable por haber aceptado recibir pagos a cuenta a favor de la promotora, sin exigir la previa constitución de las garantías. Pero también hemos dicho que la responsabilidad de la entidad depositaria es, por su naturaleza, subsidiaria.

De producirse los pagos a cuenta sin que se hayan entregado las garantías individuales a las que hace referencia la DA 2ª LOE, cabría pensar que la entidad depositaria habría incumplido sus obligaciones legales, al recibir pagos sin la previa exigencia de la garantía (en los términos previstos en la norma). Pero debe ponerse en la balanza también la doctrina expuesta anteriormente, en virtud de la cual, existiendo una póliza general de seguro —aún sin el documento individual para cada comprador— puede dirigirse el comprador contra la compañía avalista, respondiendo aquella del mismo modo que si hubiera entregado los documentos individuales. ¿Qué prima entonces, la dimensión punitiva o la dimensión subsidiaria de la responsabilidad del ente depositario?

El Tribunal Supremo lo tiene claro: la segunda.

En buena muestra de ello, la STS de 14 de septiembre de 2017 (STS 502/2017), advertida la falta de la garantía individual exoneró de toda responsabilidad a la entidad financiera depositaria, en tanto que *«esta cuenta se encontraba garantizada mediante una póliza colectiva de afianzamiento»*.

Ello es coherente con una resolución anterior del Alto Tribunal, la STS de 1 de junio de 2016 (STS 360/2016; rec. núm. 246/2014); en la que desestimó una acción resolutoria del contrato de compraventa por incumplimiento del artículo 1 Ley 57/1968. En aquella ocasión el promotor, incumpliendo lo previsto en la Ley, negoció una póliza general de seguro, pero no entregó a los compradores las pólizas individuales de garantía. El TS, advertido que la compañía aseguradora respondería en todo caso, consideró que no podía imputarse un incumplimiento prestacional con trascendencia resolutoria al promotor.

Corolario de lo anterior, si no ha existido incumplimiento contractual del promotor, y concurre una entidad garante que responderá de la obligación de devolución de tales cantidades, no tiene razón de ser que se active que la responsabilidad subsidiaria de la entidad depositaria.

V. A modo de conclusión

En el marco de la Ley 57/68 y la LOE se conjugan distintos intereses, bienes jurídicos a proteger y esferas de responsabilidad. Tal y como se tornó evidente en la década de los años '60, la proliferación de estafas inmobiliarias, sumada en una época más reciente a la crisis experimentada por el sector, exigen la configuración de medidas de protección del consumidor que adquiere una vivienda en construcción y realiza pagos a cuenta del precio. Aquí encontramos el primer bien jurídico a proteger, como es el derecho a la vivienda, recogido en el artículo 47 de la Carta Magna, y al que podemos sumar —por lo pronto— el de la confianza y seguridad en el tráfico.

Por ese motivo, el Alto Tribunal, sirviéndose de las normas integradas en nuestro ordenamiento jurídico, e interpretando las mismas acorde a la realidad social del momento y a la finalidad que en las mismas subyace; ha venido a establecer un catálogo de reglas que delimitarán las esferas de

responsabilidad de los distintos sujetos envueltos directa o indirectamente en el negocio jurídico de compraventa.

Así, los promotores, como contraparte del contrato de adquisición, quedan vinculados al buen fin de este, al cumplimiento de los plazos de entrega —que se elevan a la categoría de incumplimiento prestacional de relevancia resolutoria—, y a la obtención y entrega al comprador, de garantía suficiente que cubra la devolución de las cantidades abonadas, y sus intereses legales, en el caso de que la obra no pueda finalizarse conforme a lo previsto. De incumplirse esta segunda obligación, el comprador podrá exigir responsabilidades incluso al administrador societario de la promotora. Ello sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas a las que hubiera lugar.

Por lo que refiere a las entidades garantes (aseguradoras o avalistas), deberán ajustar las garantías que decidan prestar a los requisitos contemplados en la LOE, sin que en modo alguno sean oponibles a los compradores ni las limitaciones temporales, ni las cuantitativas, previstas en el documento otorgado. Tampoco podrán excepcionar la falta de emisión de póliza o aval individual, ni el impago de la prima. Ahora bien, sólo responderán frente a aquellos pagos sobre los que tengan una capacidad de control efectivo, ya sea porque se han ingresado en la cuenta especial, ya porque realizándose de otro modo, conocieran la previsión de estos.

Por último, se configura una tercera esfera de responsabilidad, de naturaleza subsidiaria y punitiva, predicable de las entidades financieras depositarias que, con conocimiento y negligencia, permiten que a través de ellas se produzcan pagos a cuenta del precio, sin la previa obtención de las garantías exigidas en la Ley. Las entidades depositarias sólo responderán si no concurre una entidad garante —que lo puede ser por la emisión de una mera póliza general—, y sólo por las cantidades efectivamente depositadas en su cuenta corriente, y sobre las que tuviera conocimiento del origen y finalidad —pues de lo contrario estaríamos ante una suerte de *versalli in re illicita*—.

A grandes rasgos, éste es el esquema que cabe extraer de la Ley 57/68, la DA 1ª y 2ª LOE y la jurisprudencia que las interpreta. Y a la luz aquél, nos atrevemos a lanzar al viento un doble consejo o reflexión, tanto en relación a la cuestión fáctica como en relación a la cuestión jurídica.

En lo concerniente a la primera, subrayar que, en un pleito de estas características, al contrario de lo que pudiere parecer en un primer vistazo, reviste una importancia cardinal el elemento fáctico y la regla procesal de la carga de la prueba. No es suficiente con acreditar que los pagos se han realizado, sino también el cómo se han realizado, y si ha sido al margen de la cuenta especial —*strictu sensu*— se tendrá que acreditar el conocimiento de la entidad garante o, en su defecto, de la entidad depositaria, que de otro modo no responderán. Hago por ello un llamado a la prudencia de los compradores, para que se cercioren de todas estas cuestiones antes de proceder a realizar los pagos a cuenta. Y también a la de sus abogados, para que se cuestionen previamente tales extremos. Cobra total sentido la célebre cita de Baltasar Gracián: «*Es cordura provechosa ahorrarse disgustos. La prudencia evita muchos*».

Por otro lado, y en relación con la cuestión eminentemente jurídica, creo que es oportuno hacer una llamada en pos de la seguridad jurídica. No sin sonados titubeos y giros interpretativos, el TS ha configurado una doctrina consistente y compacta en torno a la problemática que cabe apreciar en este tipo de supuestos. La confianza en el tráfico exige que la denominada jurisprudencia menor —y el propio TS, dicho sea de paso—, mantengan la coherencia y el rigor en sus pronunciamientos, sin anteponer las tesis propias, sean en uno o en otro sentido.

Sígase el lema de Fernando I de Habsburgo, *fiat iustitia et pereat mundus*.

NOTAS

- (1) URRAZA ABADA, JESÚS. Relaciones *Derecho penal-Derecho administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas, los conceptos*

normativos y los conceptos valorativos empleados en el Código Penal de 1995. Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-185, tomo 4, Editorial LA LEY.

[Ver Texto](#)

(2) CABANAS TREJO, RICARDO. *Sobre el nuevo sistema de cómputo de las acciones de responsabilidad contra los administradores.* Diario La Ley, N.º 8513, Sección Tribuna, 7 de Abril de 2015, Ref. D-133, Editorial Wolters Kluwer.

[Ver Texto](#)

(3) Y por supuesto en otras posteriores como son 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.

[Ver Texto](#)

(4) El artículo 1 Ley 57/68 exige que los pagos a cuenta sean ingresados por la entidad promotora en una cuenta especial abierta a tales efectos en una entidad financiera. Ésta última, para proceder a su apertura, exigirá la previa constitución de la garantía. Los fondos ingresados en la cuenta sólo podrán utilizarse para financiar la obra.

[Ver Texto](#)

(5) De conformidad con el artículo 217 LEC, la carga de la prueba de tales extremos pesa sobre la parte actora que habrá de acreditar (i) la realidad de los pagos; (ii) que los mismos se han realizado en una cuenta de la entidad financiera; (iii) que la entidad financiera conocía el origen y destino de tales abonos en cuenta.

[Ver Texto](#)