



TRABAJO DE FIN DE GRADO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE
ELCHE

GRADO EN DERECHO
CURSO ACADÉMICO 2017/2018

TÍTULO: “*NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE VIVIENDAS*”.

NOMBRE DEL ALUMNO:

JONATAN NICOLÁS PEIRÓ

NOMBRE DE LA TUTORA:

M^a CARMEN ORTIZ DEL VALLE

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.

2. LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA POR PARTE DE PARTICULAR COMO ACTO DE CONSUMO.

3. EL NUEVO RÉGIMEN LEGAL. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO RÉGIMEN DE PAGOS A CUENTA DEL PRECIO.

3.1. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR QUE PERCIBA CANTIDADES ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO.

3.2. GARANTÍAS EXIGIBLES. GARANTÍA COMO MECANISMO PARA CUBRIR LA TOTALIDAD DE LAS CANTIDADES ENTREGADAS.

3.3. OBTENCIÓN DE LICENCIA DE EDIFICACIÓN PARA OTORGAR GARANTÍA.

3.4. “LA CUENTA ESPECIAL”.

4. OTORGAMIENTO DE LA GARANTÍA. CUESTIONES ACERCA DEL AVAL Y EL SEGURO.

4.1 EL AVAL.

4.2. EL SEGURO DE CAUCIÓN.

5. INFORMACIÓN CONTRACTUAL.

6. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.

7. CANCELACIÓN DE LA GARANTÍA.

8. INFRACCIONES Y SANCIONES.

9. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS RESPECTO DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA DEL PRECIO DE LA VIVIENDA.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo va a tratar sobre el nuevo régimen legal de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas, analizando la reforma legal producida así como el estudio de la doctrina y de la jurisprudencia existente.

La política legislativa en nuestro ordenamiento jurídico gira significativamente en la dirección de proteger a los consumidores y usuarios, es por ello, que desde hace algún tiempo, se va aprobando todo un conjunto de normas para proteger a la parte más débil de la contratación. De esta forma surge el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) y otras leyes complementarias. En esta dirección se sitúa también la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación¹ (en adelante, LOE), que ha sido objeto de una interesante reforma con ocasión de la aprobación de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (en adelante, LOSSEAR)

La reforma de la LOE que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2016, con la LOSSEAR, supuso determinados aspectos que podrían ser objeto de estudio y crítica respecto a la entrega de cantidades a cuenta en la compra de viviendas, y más concretamente los referidos a la resolución del contrato de venta y la efectividad de la garantía tras el incumplimiento de la promotora de la vivienda. La finalidad concreta de la reforma introducida es “dotar de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). También se introducen modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de la Ley de Ordenación de la Edificación”. Así lo dispone el Preámbulo de la LOSSEAR. Ya que

¹ **La Ley de Ordenación de la Edificación (LOE)** tiene como objetivo la ordenación del complejo proceso de la edificación, por un lado respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los diferentes agentes de la edificación que intervienen en el mismo; y por otro lado, en lo referente a las garantías para proteger al usuario.

El ámbito de aplicación objetivo de la norma es la protección de los adquirentes respecto de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Así pues el ámbito de aplicación objetivo es plenamente coincidente con el de la Ley 57/1968, de 27 de julio, si bien en la DA 1ª LOE (*conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio*) se habla de toda clase de viviendas, sin matices (*sin hacer exclusión de ningún tipo de viviendas como ocurría en la Ley 57/1968, de 27 de julio*).

debemos tener en cuenta que la adquisición de una vivienda sobre plano o en construcción es una forma de adquirir una vivienda un tanto insegura para el comprador en tanto que son diversos los peligros que la misma conlleva. Consciente de ello, el legislador ha optado por dar una respuesta actual a los principales problemas e interrogantes que esta cuestión ha planteado. Además se realizará una comparativa entre la normativa anterior, Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, (en adelante, Ley 57/1968) y la reformada, teniendo en cuenta principalmente la protección del adquirente tras la reforma legal producida. Ya que hasta la fecha de entrada en vigor de la LOSSEAR, para la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas se aplicaba, por remisión expresa de la DA 1.ª LOE en su anterior redacción², la Ley 57/1968. Esta norma, a pesar de su corta extensión (la componen un total de 7 arts.), ha constituido un gran ejemplo en el ámbito de la protección del consumidor desplegando sus efectos a lo largo del tiempo de forma concluyente.

Para situarnos en el contexto, cabe poner en antecedente que la derogada Ley 57/1968, de carácter preconstitucional, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una regulación a favor de los adquirentes de inmuebles que adelantasen cantidades a cuenta del precio de la vivienda³.

² En concreto, la DA 1.ª LOE antes de su reforma disponía que “la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

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

b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley.

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

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

Una vez que la LOSSEAR entra en vigor, y consecuentemente lo hacen también las modificaciones introducidas por la misma, el régimen de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas se rige por lo previsto en la DA 1.ª LOE conforme a esa nueva redacción.

³ El verdadero motivo por el cual su creación se hizo necesaria fue el escándalo que vivió la sociedad española como consecuencia de la estafa cometida por “*Construcciones Nueva Esperanza S.L.*”, que se hizo pública en el año 1967 y que afectó a más de diez mil familias que anticiparon, en total, unos 715 millones de las antiguas pesetas por la compra de inmuebles, importes que la constructora utilizó para otros usos en lugar de destinarlos para la efectiva construcción de los inmuebles comprometidos. Tras

Posteriormente, mediante la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, (en adelante LOE) se modificaron determinados aspectos de la Ley 57/1968, y en otros, se amplió el ámbito de protección al incluir “las promociones de viviendas que se realizaran en régimen de comunidades de propietarios o sociedades cooperativas” y “las viviendas de protección oficial”, ya que en esta nueva regulación se suprimió la exclusión prevista en relación con estos últimos inmuebles en la Ley 57/1968.

Con la entrada en vigor de la LOSSEAR, se modifica la disposición adicional 1ª de la LOE (la “DA 1ª LOE”) que regula la percepción por el promotor de cantidades a cuenta del precio durante la construcción. En definitiva, lo que el legislador pretende es dotar de una mayor seguridad jurídica al adquirente de la vivienda, al eliminarse el concepto de póliza colectiva y suprimirse el antiguo régimen hasta entonces vigente, basado en un sistema dual de pólizas, la individual y la colectiva.

Conviene finalizar el análisis con el preámbulo de la Ley 57/1968, en el que se pone de manifiesto la existencia de una problemática vigente aún a día de hoy y que la reciente crisis económica no ha hecho más que agravar: “Es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella (...) 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 de buena fe y confiados aceptan sin reparo alguno de aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”⁴. La vigencia práctica de esta cuestión es todavía innegable siendo muchas las

este escándalo, se promulgó la Ley 57/1968 con el fin de dotar de ciertas garantías a estos compradores a los que se les exigía, para la compra de una vivienda, el adelanto de parte del precio de la misma.

⁴ Como ya hemos comentado antes, entre los desencadenantes principales de la de la promulgación de la Ley 57/1968 destaca la alarma social que provocaron las actuaciones judiciales en el caso de la constructora «Construcciones Esperanza, S.A» en el año 1967. Para mayor detalle sobre los orígenes de esta Ley véase ESTRUCH ESTRUCH, J. «Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato», *Diario La Ley*, núm. 7210, 2009 y CAMACHO DE LOS RIOS, J., «Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm.

sentencias que se han ido dictando sobre aspectos diversos de la normativa reguladora. Se trata de esta circunstancia la que motiva estas reflexiones, así como el cambio en el régimen legal: nuevo régimen que, aunque pretenda ser más exhaustivo, parece a priori que en muy poco mejora al régimen anterior planteando similares dudas e incertidumbres. Es este análisis comparativo el que pasaré a desarrollar a continuación.

2. La compraventa de vivienda por parte de particular como acto de consumo

Partiendo de la base de que la compraventa de vivienda por parte de particular está considerada como acto de consumo, resulta significativo, precisamente por la gran importancia que tiene este contrato a nivel económico, que no hallemos en la LGDCU aspectos específicos de la contratación de viviendas.

La LGDCU ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La adquisición de una vivienda como acto de consumo, supone una compraventa en la que el comprador va a ser su destinatario final y el vendedor un profesional de los negocios inmobiliarios. La vivienda se considera objeto del denominado Derecho de consumo porque responde a una necesidad personal y, es por ello que es objeto de consumo. El comprador de una vivienda merece, sin duda, la consideración de consumidor y ha de gozar de la protección específica que el ordenamiento jurídico otorga al mismo.

46, 1998, pp. 59 y ss., p. 63 y bibliografía allí citada. No obstante, durante la mayor parte de su periodo de vigencia la Ley pasó prácticamente desapercibida. Señala, en este sentido, DOMÍNGUEZ ROMERO, J., «Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», *La Toga*, núm. 147, 2009, que «[P]arece que los únicos que eran conscientes de la existencia de la meritada ley (aunque no de su alcance y consecuencias) eran los promotores inmobiliarios, por cuanto en los contratos de compraventa introducían, en el mejor de los casos, la referencia a esta vetusta ley, aunque no siempre se traducían en la formalización del aval o contrato de seguro previsto en esa norma». La crisis económica recientemente vivida (y que ha afectado particularmente al sector inmobiliario) provocó que la Ley 57/1968 hasta ese momento habitualmente incumplida, cobrara actualidad. En este sentido, CARRASCO PERERA, A., «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», *Régimen jurídico de la edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Cizur Menor, 2007, pp. 530 y ss.

Por lo que se refiere a las previsiones legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, en relación con la regulación del referido contrato, debemos destacar la regulación incluida en el Código Civil. Así, el concepto del contrato de compraventa que podemos extraer del código es: un negocio bilateral en el sentido de que intervienen dos partes, que son el vendedor (o vendedores), por un lado, que es quien se obliga a entregar una cosa determinada y a responder en caso de evicción (arts. 1445 y 1461 CC) y el comprador (o compradores), por otro, que es quien paga un precio como contraprestación de la entrega. Nuestro código, aunque obsoleto en muchos aspectos de Derecho patrimonial⁵, sigue conservando la influencia de un sistema liberal de contratación, manteniendo el principio de la autonomía de la voluntad contractual, limitado tan sólo por la necesidad de que las estipulaciones no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público (art. 1255 Código Civil), estableciendo además, como límites genéricos a la misma, la prohibición de dejar el cumplimiento al arbitrio de una sola de las partes (art. 1256 Código Civil), la nulidad de la renuncia a la *actio doli* o responsabilidad procedente de dolo (art. 1102 Código Civil), la nulidad del contrato por vicios del consentimiento (arts. 1300 y ss. en relación con el los principios contra *stipulatorem* y *favor debitoris* en la interpretación de los contratos (arts. 1281 y ss Código Civil) las garantías por vicios ocultos (arts. 1484 y ss Código Civil); el carácter alternativo y la revisión judicial de las cláusulas penales (arts. 1152 a 1154 Código Civil) y el específico precepto sobre responsabilidad de los promotores, constructores y técnicos por defectos en la construcción (art. 1591 Código Civil) en sede de la regulación del contrato de obra, que tanta doctrina y jurisprudencia ha desarrollado y que en estos momentos se cuestiona su vigencia y aplicación para los defectos surgidos en viviendas de nueva construcción y en obras de remodelación de edificios existentes para cuyos proyectos se haya solicitado la correspondiente licencia de edificación a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La adquisición inmobiliaria entendida como acto de consumo queda reducida a la adquisición de vivienda (para residencia habitual o temporal, presente o futura) pero con unas peculiaridades típicas de la contratación en masa.

⁵ Tal y como denuncia DE LEÓN ARCE, A., *El contrato de adquisición de la propiedad de la vivienda. Derecho de los consumidores y usuarios* Disponible en *Tirantonline.com*, epígrafe 27.

Precisamente en masa se contrata en estos momentos, con gran frecuencia. Ya por medio de contrato en obra o sobre plano, con numerosos problemas a la hora de la entrega, pues como se ha puesto de relieve, hoy la inmensa mayoría de las viviendas y locales que se construyen no se hacen por encargo del futuro destinatario, propietario del suelo, sino a iniciativa del mismo constructor o de un promotor de la construcción, que actúa con la finalidad de venderlas (ya en proyecto, ya en ejecución de obra, ya concluida ésta).

3. El nuevo régimen legal. Características principales del nuevo régimen de pagos a cuenta del precio

3.1. Obligaciones del promotor que perciba cantidades anticipadas a cuenta del precio

Son dos las condiciones que deberá cumplir: **a)** Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, mediante contrato de seguro de caución o aval solidario (la modificación más importante la encontramos en esta inclusión, emitido por entidades de crédito como alternativa al seguro de caución que se preveía en el texto anterior) , la devolución de las cantidades entregadas (incluidos los impuestos correspondientes) más los intereses legales, para el caso de que no se cumplan los plazos convenidos para (I) el inicio de la construcción o (II) la entrega de la vivienda (conjuntamente, el “Siniestro”); y **b)** Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en “cuenta especial”⁶, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de

⁶ En este sentido, es muy apreciable la opinión de un experto en Derecho y Doctor por la Universidad Autónoma de Madrid, como Carrasco Perera, relativa a que “*la creación de una cuenta especial no supone ningún tipo de garantía para los adquirentes, ya que los compradores no tienen ni acceso a la misma ni pueden controlarla, ni pueden mantenerla*”. El legislador, conocedor de este problema, quiere dotar de cierto control a las entidades financieras, las cuales, serán responsables civiles y subsidiarias en caso de que el promotor no cumpla con la constitución de la garantía exigible. Pero podemos establecer que esta redacción que el legislador nos pretende dar, es indecisa al respecto, ya que no se conoce con exactitud el modo en que la entidad exigirá esta garantía. También, la entidad financiera no podrá controlar efectivamente cual es el destino real que el promotor le dará a las cantidades que se hayan ingresado en la cuenta, por tanto, la intención de proteger al adquirente podrá resultar una tarea complicada, impidiendo de esta forma suprimir una mala gestión económica. Nos damos cuenta de que esta nueva reforma nos sigue dejando lagunas, ya que es incompleta e ineficaz en algunas partes de su redacción. Como podemos extraer de CARRASCO PERERA, A. / ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). GÓMEZ-ACEBO Y POMBO. ABRIL 2016.

comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, 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 de crédito, bajo su responsabilidad, tendrá que exigir al promotor el cumplimiento de las condiciones exigidas en relación con la garantía (seguro de caución o aval solidario). Esta cuenta debe ser abierta por el promotor, separada de cualquier otro fondo que pertenezca a éste, en una entidad bancaria⁷.

La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.

3.2. Garantías exigibles. Garantía como mecanismo para cubrir la totalidad de las cantidades entregadas.

Acorde a la nueva redacción de la DA1.^a LOE los promotores de la construcción de toda clase de viviendas (donde también hay que incluir las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa) deberán garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo acordado para la entrega de la vivienda bien mediante la constitución de un seguro de caución o bien mediante aval solidario. La LOE, en su redacción anterior se refería de forma exclusiva al seguro de caución sin mencionar el aval. La Ley 57/1968, de otro modo, sí que se refería a ambos tipos de garantías regulándolas de forma unitaria y trasladando al promotor la posibilidad de optar por aquella garantía que mejor se adecuase a sus circunstancias. Es por ello que con la nueva redacción se restablecen las dos alternativas.

⁷ Destáquese la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 30 de abril de 2015, que establece la línea jurisprudencial a aplicar desde ese momento por los tribunales en relación con las particularidades de la cuenta especial a la que se refiere la Ley 57/1968, de 27 de julio, y que posteriormente será de aplicación conforme la redacción de la DA 1^a de la LOE (conforme la redacción de la misma dada por la Ley 15/2015, de 14 de julio), en tanto no se varíe el criterio jurisprudencial seguido por el Tribunal Supremo.

En definitiva el Tribunal Supremo confirma la doctrina jurisprudencial que sienta que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro.

El promotor, a su libre elección, podrá establecer la garantía, bien otorgando un seguro de caución o bien estipular un aval solidario en una entidad de crédito. Los requisitos que reúnen uno y otro pasaré a desarrollarlos posteriormente en otro lugar de este trabajo.

Con la garantía exigible surge un problema de gran interés práctico. El cual consiste en el momento que empieza a surgir efectos la garantía. Es cierto que con la nueva redacción se aclaran las dudas que manaban anteriormente con la redacción antigua, aunque no sin consecuencias para el consumidor/comprador. De forma concisa, la duda que surgía era la de si la garantía se extendía a las cantidades anticipadas antes de la fase de construcción o si, por el contrario, comenzaba al iniciarse dicha fase. Esta circunstancia ha dado lugar a un gran debate en los tribunales, sobre todo en el ámbito de las cooperativas de viviendas, siendo la mayoría de las resoluciones favorables a los compradores. Con la nueva redacción, las cantidades adelantadas se garantizarán “desde la obtención de la licencia”. Por tanto, las cantidades depositadas con anterioridad quedarían fuera de la cobertura (al respecto de este tema profundizaré más adelante). Es por ello, que debemos entender que con esta respuesta de la nueva Ley que recoge en la actualidad la DA 1.ª LOE se ha producido un retroceso en la protección de los consumidores. Bajo el amparo de la redacción anterior, cuando se producía la duda en cuanto al comienzo de la garantía, la tendencia en la que se basaban la mayoría de las resoluciones judiciales era favorable a los compradores. Dichas resoluciones estaban fundamentadas en el artículo 1 de la Ley 57/1968 conforme al cual los promotores de viviendas que pretendieran obtener de los cesionarios entregas de dinero (antes de iniciar la construcción o durante la misma) deberían cumplir con las condiciones establecidas en la Ley. Con la nueva redacción legal debe entenderse derogada la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª, Pleno) de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931) la cual reprobó los conocidos como seguros de “Tramo I” con la consecuencia evidente de que las aseguradoras podrían volver a comercializarlos. Por tanto, si no admitimos otra interpretación, se tratará de seguros no obligatorios en la medida en que la entrega de cantidades adelantadas en un tiempo anterior a la obtención de la licencia ya no está sujeta a garantía obligatoria⁸.

⁸ Así, CARRASCO PERERA, A. / ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen...», *op.cit.*, p.

2. Sobre este particular opina ALMARCHA JAIME, J., “Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del

3.3. Obtención de licencia de edificación para otorgar garantía

La nueva redacción de la DA 1ª LOE limita la obligación de otorgar garantía al momento en que haya sido obtenida la licencia de edificación. Esto nos lleva a plantearnos una cuestión que ha generado gran controversia y debate en los últimos años, y es qué sucede con las cantidades abonadas por los adquirentes a los promotores con carácter previo a la obtención de la licencia de edificación. Motivo por el cual, se ha generado abundante jurisprudencia y estudio por parte de la doctrina. Parece que el tema debe quedar zanjado y las cantidades que se han adelantado se garantizarán “desde la obtención de la licencia de edificación”, es decir, las cantidades adelantadas anteriores al inicio de la fase de construcción quedarán fuera de la garantía. Algunos tribunales y críticos del Derecho opinan que la falta de regulación en este sentido hará que la protección de los adquirentes siga estando confusa y desprotegida, pero si bien es cierto, la nueva redacción es clara al respecto, por tanto, las cantidades anticipadas con anterioridad quedan fuera de esta garantía y, en consecuencia, deberán garantizarse mediante otra garantía distinta (ya que las cantidades garantizadas por el seguro de caución o por el aval son las que se ingresen con posterioridad a la obtención de la licencia), si se quiere proteger al adquirente ante el incumplimiento de la obligación contractual del promotor.

Aparentemente esta nueva redacción beneficia únicamente a las entidades aseguradoras, compensando así por parte del legislador numerosos años de jurisprudencia desfavorable a sus intereses, pero también viene a beneficiar a las entidades de crédito, ya que ven como su responsabilidad al respecto se disminuye y es más protegida por el legislador, por lo que podría decirse que a quien realmente pretendía beneficiar el legislador son a las entidades de crédito y en menor parte a las entidades aseguradoras. Y todo ello a costa de los intereses particulares de los compradores de viviendas.

En el marco de la legislación anterior, las entidades aseguradoras ofrecieron un seguro que permitiese la consecución de las operaciones de compra de suelos,

precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)”, disponible en revista Cesco de Derecho de Consumo, página 165, dado que el promotor no está obligado a constituir la garantía hasta que no obtenga la licencia de edificación «será difícil hacerle constituir una garantía para cantidades anticipadas anteriores a dicha obtención, so pena de repercutir los gastos de esta constitución adicional sobre el adquirente».

denominado seguro “Tramo I”, cuya finalidad era la de controlar y garantizar que las cantidades aportadas se destinasen, únicamente, a sufragar los gastos establecidos en el plan financiero del proyecto promotor. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió que este seguro de caución se identificaba con el seguro de afianzamiento regulado en la Ley 57/1968⁹.

3.4. “La cuenta especial”

Igualmente que se garantiza la devolución de las cantidades anticipadas mediante seguro de caución y aval solidario, los promotores de viviendas que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción deberán percibir dichas cantidades anticipadas a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial¹⁰. Esta cuenta es especial por lo característico de sus elementos, en primer lugar, es necesaria la separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y, en segundo lugar, por la indisponibilidad de la misma salvo para atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Se establece, por tanto, una clara y profunda limitación a la libre disposición de los fondos existentes en la cuenta especial por parte de promotor, la cual está dotada de los adelantos realizados por los adquirentes¹¹.

A) Especial deber de vigilancia y control

⁹ En este sentido, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013, dictada en el recurso de casación nº 281/2013 (RJ 2013\5931), en la que se condena a una compañía aseguradora a la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas con carácter previo a la obtención de la licencia de edificación, por considerar que el seguro suscrito era un seguro de afianzamiento regulado en la Ley 57/1968 y no lo que se denomina un seguro “Tramo I”.

¹⁰ Esta obligación recogida en la letra b) del apartado 1.1 de la DA 1.ª ya se recogía, en idénticos términos, en el artículo 1 Ley 57/1968. Sobre los incumplimientos generalizados de la norma y el uso incorrecto que han dado los promotores a esta cuenta, véase, ESTRUCH ESTRUC, J., «La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009 (versión digital ProView) y CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Comentario...», *op. cit.*, pp. 65 y 66.

¹¹ Para que cobre sentido que el promotor solicite cantidades anticipadas a los adquirentes, es lógico que el objetivo sea dedicarlas a la construcción de vivienda y ello le facilite cumplir con su obligación de entregarla en el tiempo estipulado en el contrato de compraventa. La cuenta especial, separada de otros fondos del promotor y con una limitación de disposición en el sentido establecido por la Ley cumple, en parte, dicha finalidad. Así opina FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., «Problemática de las medidas de aseguramiento en la norma reguladora del percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 64, 2015, pp. 109 y ss., pp. 112 y 113.

Para la apertura de estas cuentas o depósitos, la entidad de crédito, deberá exigir bajo su responsabilidad el seguro de caución o bien el aval solidario. Por tanto, se atribuye una específica responsabilidad a las entidades de crédito, lo cual desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Conforme a la “responsabilidad” que el art. 1.2^a de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito, encontramos una STC (Sala 1.^a) de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5403), en la cual nos manifiesta que “supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de “exigir”. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, (...), bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia”¹².

Se ha escrito mucho acerca de la responsabilidad de las entidades de crédito en este ámbito. Una primera conclusión que podemos extraer es que con esta previsión se refuerza la posición de los compradores ante posibles incumplimientos de la obligación de devolver las cantidades anticipadas por parte del promotor.

Por otro lado, a los efectos de atribuir responsabilidad a la entidad de crédito hay que distinguir entre aquella entidad que concede al promotor el préstamo con garantía hipotecaria y aquella otra en la que se ingresan las cantidades anticipadas durante la construcción, siendo esta última la que debe responder frente al comprador¹³.

¹² En este sentido, ORTIZ DEL VALLE, M^a Carmen, “Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras”, revista de Derecho bancario y bursátil, editorial Aranzadi.

¹³ Sobre esta cuestión véase, entre otras, la STS (Sala 1.^a) de 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 278). Añade ESPIGARES HUETE, J.C., «Cantidades anticipadas...», *op. cit.*, p. 25, abundando en esta cuestión, que «nada impide que la entidad de crédito que procede a la apertura de la cuenta, para percibir las cantidades anticipadas por el adquirente, sea distinta de la que emite la garantía. Esto por la propia naturaleza de la garantía (...), o simplemente por la libre decisión de la promotora –que es libre de gestionar sus intereses como mejor estime y, por tanto, de elegir entidades de crédito distintas para la apertura de la cuenta especial y para la emisión de la garantía-». Opina, sin embargo, FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., «Problemática de las medidas...», *op. cit.*, p. 126 que es necesaria «una nueva

En definitiva, las entidades financieras para evitar incurrir en responsabilidad deben vigilar que las cantidades ingresadas por los compradores a cuenta de la edificación sean derivadas a una cuenta especial y que en ella permanezcan de forma separada del resto de los ingresos y fondos para que sean dispuestas, únicamente para las atenciones derivadas de la construcción y que, además, estas cantidades se garanticen mediante seguro de caución o aval bancario. De lo que se trata es que exista una colaboración activa por parte de las entidades de crédito ya que, de lo contrario, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una cuenta del promotor destinada a múltiples atenciones, para que el sistema de protección de los compradores previsto legalmente pierda su eficacia.

4. Otorgamiento de la garantía. Cuestiones acerca del aval y el seguro

El asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no restitución de las cantidades que el promotor debe llevar a cabo cuando el adquirente resuelve el contrato. Así las cosas, garantiza una obligación dineraria, que como tal, nunca podrá extinguirse por imposibilidad sobrevenida fortuita¹⁴. Las formas que prevé la Ley para garantizar la eventual devolución de los anticipos a cuenta por parte del promotor son: aval y seguro.

4.1. El aval.

Deberá ser emitido y mantenido en vigor por una entidad de crédito por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato (incluidos los impuestos e intereses legales aplicables) desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista

modificación legislativa que por un lado refuerce la importancia de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades anticipadas en ella y, por otro, que establezca la necesidad de coincidencia de la entidad financiera garante y la entidad financiera depositaria».

¹⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 606. Tal y como exponen los indicados autores en la citada obra: «No importa la razón por la que el promotor no ha cumplido su obligación de entrega, pues en cualquier caso puede el adquirente resolver por esta causa. Los aseguradores o fiadores no pueden alegar la concurrencia de caso fortuito que imposibilite el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1182 y 1184 CC».

de la entrega de la vivienda por el promotor. Podemos deducir también que el aval ha de ser individualizado para cada adquirente por las cantidades por él adelantadas, sin que sea suficiente un aval general otorgado a la persona del promotor.

En caso de que la construcción no dé comienzo o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, previo requerimiento fehaciente¹⁵ al promotor para devolución de las cantidades anticipadas (incluidos los impuestos e intereses legales), en el plazo de treinta días podrá dirigirse contra el avalista para el abono de dichas cantidades.

Se establece un plazo de caducidad de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que éste haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas.

Se garantizan todas las cantidades que hayan de ser anticipadas, estén ya ingresadas o pendientes de ingresar¹⁶.

4.2. El seguro de caución

Para que pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los requisitos previstos en la DA 1.ª LOE. Por cada adquirente se suscribirá una póliza de seguro individual en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o efectos comerciales. Este requisito merece especial consideración.

Como podemos observar el legislador obliga al promotor a suscribir garantías individuales suprimiéndose la garantía colectiva. Parece que el legislador ha obviado el hecho de que la jurisprudencia, en los últimos años, ha venido otorgando pleno valor a las pólizas colectivas reconociendo su preferencia frente a las individuales e incluso había prescindido de dicha póliza individual en caso de no existir ésta por el hecho de haber una póliza colectiva. Esto nos obliga a compartir otra reflexión capital. Porque lo

¹⁵Así, CARRASCO PERERA, A. / ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen...», *op.cit.*, p.

Resulta chocante que se diga que el aval es “solidario” y que al mismo tiempo se califique la responsabilidad de subsidiaria por el incumplimiento del promotor.

¹⁶Mismamente, CARRASCO PERERA, A. / ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen...», *op.cit.*, p. Encontramos aquí una principal diferencia con el seguro de caución, ya que éste solo garantizará las cantidades efectivamente aportadas.

cierto es que, basándose en una presunta falta de protección de los adquirentes, todo sugiere que el legislador obliga al adquirente a ir actualizando la póliza a medida que vaya ingresando cantidades en la cuenta especial. Este dato hace surgir, además, la duda de cómo podrá tener la póliza carácter ejecutivo si la integración de la cantidad debida ha de hacerse en procedimiento ajeno al título salvo que la entidad aseguradora renueve la póliza en cada pago de adelantos¹⁷.

Por lo que respecta a la duración del contrato, éste no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas¹⁸. Así lo dispone el apartado 2 f). No obstante, se prevé legalmente la posibilidad de que se conceda una prórroga para la entrega de las viviendas. En tal caso el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga. Surge la duda de si la prórroga otorgada por el adquirente supone la prórroga automática del seguro o si la aseguradora puede oponerse a la misma por considerar que se trata de una agravación del riesgo (arts. 11 y 12 LCS).

Si nos centramos en la literalidad de la Ley («La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso») si el compromiso se prorroga en el tiempo sólo caben dos alternativas: o bien se prorroga automáticamente el seguro (de forma imperativa para la aseguradora) o bien se estaría vulnerando el contenido de la Ley pues la duración del seguro sería inferior a la del compromiso.

Ante esta situación no deja de resultar un tanto absurdo que la norma establezca que el promotor «podrá» prorrogar el contrato de seguro cuando realmente, si el seguro no puede durar menos que el compromiso, la prórroga parece que debiera producirse de forma imperativa. De no ser así se estaría vulnerando el contenido de la Ley. Es posible, por otro lado, y parece que el legislador no es consciente de ello, encontrar prórrogas ya

¹⁷ En estos términos se expresan CARRASCO PERERA, A./ ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen...», *op.cit.*, p. 3. Para ALMARCHA JAIME, J., «Los nuevos deberes de información...», *op. cit.*, p. 168, «el simple descuido de actualizar la póliza individual supondrá un quebradero de cabeza para el adquirente». Sobre los efectos de las pólizas individuales y colectivas véase, también, MALDONADO MOLINA, J., Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas», *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, 2011, pp. 9 y ss.

¹⁸ Sin embargo, como ponen de manifiesto CARRASCO PERERA, A./ ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen...», *op.cit.*, p. 4, en el pasado existían pólizas cuya duración era inferior al plazo de entrega de la vivienda.

preconvenidas por un tiempo cierto en el propio contrato. En este caso la prórroga anticipada estará cubierta por la póliza y no será necesario un nuevo acuerdo novatorio del asegurador.

5. Información contractual

Conforme al apartado 3 de la DA 1.ª, En los contratos para la adquisición de viviendas (incluidos los supuestos de comunidades de propietarios y sociedades cooperativas) en los que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas, deberán hacerse constar expresamente los siguientes extremos:

a) Que el promotor se obliga a devolver al adquirente las cantidades percibidas a cuenta (impuestos e intereses incluidos) en los siguientes casos:

- Cuando la construcción no se inicie o termine en los plazos establecidos en el contrato;
- O cuando no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda.

b) Referencia a la garantía suscrita por el promotor ya sea seguro de caución o aval bancario, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista.

c) Designación de la entidad de crédito y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se haya comprometido a anticipar.

En el momento de otorgamiento del contrato de compraventa (incluidos los supuestos de comunidades de propietarios y sociedades cooperativas), el promotor entregará al adquirente el documento acreditativo de la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio. Parte de la doctrina entiende que el «documento que acredita la garantía» es el certificado individual y no otro tipo de escrito¹⁹. No tenemos tan claro que esto sea así. Habrá que ver qué sucede en la práctica pero podemos anticipar que habrá de todo. Tampoco

¹⁹ CARRASCO PERERA, A. / ALMARCHA JAIME, J., «El nuevo régimen...», *op.cit.*, p. 3.

creemos que el momento oportuno para la entrega de la garantía sea el del otorgamiento del contrato.

Y ello por dos motivos fundamentales. En primer lugar, entendemos que el momento para la entrega de la garantía individualizada debería ser el de la primera entrega de cantidades con independencia del documento en que se acredite. En segundo lugar, en las cooperativas de viviendas (supuesto amparado por la norma objeto de estudio) no existe contrato de compraventa como tal.

6. Ejecución de la garantía

En caso de que la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente de la misma podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades anticipadas (impuestos e intereses incluidos), o conceder al promotor una prórroga la cual se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda²⁰.

En este caso, en la ejecución de la garantía resulta especialmente novedosa la eliminación de la vía ejecutiva como forma de reclamación al desaparecer el carácter ejecutivo que el artículo 3 de la Ley 57/1968 otorgaba tanto al seguro como al aval. La Ley 57/1968 configuraba un título ejecutivo consistente en el contrato de seguro (la póliza individual de seguro) o el aval bancario junto con un documento fehaciente (que la Ley no concretaba) en el que se acreditara la no iniciación de las obras o la no entrega de la vivienda en el plazo previsto en el contrato. Por lo tanto, eran dos los documentos necesarios para integrar el título ejecutivo y hacer posible el ejercicio de la acción ejecutiva: la póliza individual o el documento del aval y el documento fehaciente que acreditara el no inicio de las obras o la falta de entrega de la vivienda en el plazo contractualmente previsto²¹.

²⁰ ORTIZ DEL VALLE, M^a Carmen “Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras”, revista de Derecho bancario y bursátil, editorial Aranzadi.

²¹ Como documento fehaciente que acredite la no iniciación de las obras o no entrega de la

Con la nueva regulación la póliza de seguro o el aval ya no son títulos ejecutivos por lo que el adquirente, una vez ocurrido el siniestro y cumplidas las formalidades legales sin que se le hayan devuelto las cantidades anticipadas sólo dispondría de la vía declarativa (procedimiento declarativo que corresponda por razón de la cuantía) para articular su pretensión. Las pólizas y avales emitidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LOSSEAR entendemos que mantienen su carácter ejecutivo. De otra forma, se estaría conculcando el artículo 2.3 CC sobre irretroactividad de las leyes.

7. Cancelación de la garantía

El apartado cinco de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) establece que, «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, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda».

La garantía se cancela en todo caso con la expedición de la cédula de habitabilidad o documento equivalente, siempre que el promotor acredite el intento de entrega de la vivienda al comprador. Da igual que el comprador acepte o no la entrega de la vivienda; el promotor ha cumplido con su cometido y, por tanto, la garantía se extingue junto con la obligación, quedando la entidad liberada de posibles reclamaciones posteriores. Por tanto, bastará con que el promotor haya hecho ofrecimiento de pago. No importa que el comprador no acepte la entrega porque la existencia de una «falta de conformidad» de la vivienda no es una contingencia que

vivienda se encontrarían, por ejemplo, un certificado del Ayuntamiento correspondiente o un acta notarial. En este sentido, ESTRUCH ESTRUC, J., «El concurso del promotor...», *op. cit.*, p. 23. También sobre la ejecución de la garantía véase, entre otros, CARRASCO PEREA, A., «Ejecución de la garantía por cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas» *Especial. Derecho de la construcción y la vivienda*, Aranzadi, 2012.

pueda luego ser cubierta por la garantía de cantidades anticipadas, que ya habrá agotado su finalidad²².

8. Infracciones y sanciones

La norma reformada establece ahora que la infracción al régimen legal constituye infracción propia de la normativa de consumo, pero también estará cubierta por la normativa en materia de ordenación de la edificación. Ambos sectores corresponden a la competencia de las comunidades autónomas. Se plantean complejos problemas de concurso ideal de infracciones y de los límites del *bis in ídem*, que no podemos tratar en este lugar. Claro está que la tipificación correspondiente de la conducta infractora corresponderá a las comunidades autónomas.

No es el promotor el único que puede incumplir esta norma. También el banco que no vigila la constitución de la garantía, el banco que no se cuida del destino de fondos en la cuenta especial, la aseguradora o el avalista que no cumplen las obligaciones (incluso la de pago) que les impone la norma. Seguramente el legislador no ha pensado en una extensión tal del ámbito subjetivo de aplicación.

El incumplimiento de la obligación de constituir la garantía dará lugar a una sanción de hasta el 25 por ciento de las cantidades cuya devolución deba ser «asegurada» o la que corresponda según la normativa de cada comunidad autónoma. Pero la norma nueva reproduce el absurdo de la vieja. El Estado carece de competencia para tipificar infracciones específicas en materia de ordenación de la edificación. Por tanto, o existe norma autonómica, o en caso contrario no se puede imponer una sanción de hasta el 25 por ciento señalado. Y si existe norma autonómica, la cuantía de la sanción será la que se especifique en ésta, no la estatal, que no es en ningún caso norma sectorial.

Entendemos que la competencia sancionadora que pueda corresponder a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones conforme a la LOSSEAR es de

²² ORTIZ DEL VALLE, M^a Carmen “Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras”, revista de Derecho bancario y bursátil, editorial Aranzadi.

aplicación preferente y excluyente de la normativa propia de las comunidades autónomas²³.

9. Responsabilidad de las entidades financieras respecto de las cantidades adelantadas a cuenta del precio de la vivienda

En el artículo 1.2 de la derogada Ley 57/1968 (actualmente la Disposición Adicional primera de la Ley 38/1999), establecía a las entidades financieras que se constituyeran en depositarias de cantidades anticipadas a cuenta del precio de una vivienda la obligación legal de exigir al promotor que garantizase la devolución de dichas cantidades mediante la prestación de un seguro o aval, para el caso de que la construcción no se iniciara o no llegara a buen fin, por cualquier motivo, en el plazo establecido.

Y, debido a ello, las entidades de crédito que no cumplieran con esta obligación legal, estarían obligadas a responder de las cantidades anticipadas frente a los compradores que abonaron las mismas.

Por tanto, debemos partir de que esta responsabilidad de las entidades bancarias, viene dada por el incumplimiento de las mismas de las obligaciones establecidas por la Ley, es decir, que no hayan exigido al promotor que garantizase la devolución de las cantidades en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley 57/1968. Situaciones que podemos encontrar en numerosas sentencias, como por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 502/2017 de 14 de septiembre (RJ 2017/714010), que eximió de responsabilidad a una entidad crediticia por considerar que no había incumplido los deberes impuestos en la citada norma.

Sin embargo, en el citado artículo 1.2 de la Ley 57/1968 se desprendía que la responsabilidad por parte de las entidades crediticias quedaba supeditada, en todo caso,

²³ En lo que a este estudio respecta, por ejemplo, el artículo 194.17 de la LOSSEAR califica de infracción muy grave la realización de actos u operaciones contrarias a las normas sobre transparencia de mercado y protección de los derechos de los usuarios en el ámbito de los seguros (cuando exista un gran número de afectados, sea una conducta reiterativa o afecte a la confianza de la clientela de forma especialmente relevante). El artículo 195.13 y 16 de dicha ley califica de infracción grave el incumplimiento de las normas reguladoras de la publicidad y del deber de información, así como aquellos casos previstos en el mencionado artículo 194.17 que no revistan carácter muy grave. Por su parte, el artículo 196.9 de la misma norma califica de infracción leve el incumplimiento de las normas de transparencia de mercado y protección de usuarios que revistan carácter leve.

a que las cantidades adelantadas se percibieran en “una 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”, abierta por el promotor en la entidad, ya que, en el caso de que se depositaran en una cuenta sin esta denominación la entidad no asumiría responsabilidad de ningún tipo²⁴. Además, y teniendo en cuenta el contexto económico y social tan delicado que hemos tenido en los últimos años asolando nuestro país, los Juzgados y Tribunales comenzaron a proyectar un régimen sancionador más duro frente a estas entidades financieras que, en su momento, se constituyeron en depositarias de cantidades anticipadas, con independencia de que la cuenta en la que se realizaban los ingresos tuviera o no el carácter de cuenta especial.

Y fue a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2015 (RJ/2015/278), cuándo comenzaron a sentarse las bases de este sistema sancionador frente a las entidades crediticias, en los siguientes términos:

- Por un lado, se suprimió del régimen sancionador previsto en el artículo 1º de la Ley 57/1968 a las entidades bancarias que se hubieran limitado a financiar las promociones de viviendas (y que no se hubieran constituido en depositarias de las cantidades anticipadas).
- Y, por otro, se imputó la responsabilidad a las entidades financieras en las que se hubieran depositado las cantidades anticipadas (en una cuenta de la promotora), aun cuando la cuenta no tuviera el carácter de “especial”. O lo que viene a ser lo mismo que, establecer un régimen de responsabilidad en base a la denominada culpa *in vigilando* de aquellas entidades bancarias que, conociendo la actividad de las promotoras, no fiscalizaron las cuentas de su titularidad, exigencia que, por otra parte, cabría considerar desproporcionada ya que, en casos extremos, podría implicar la imputación a estas entidades de una actuación como administradoras de hecho.

²⁴ En este sentido se pronunciaron, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz de 27 de marzo de 2000 (AC 2000/4890) y de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de mayo de 2010 (JUR 2010/964).

En situación con lo anterior, se puede analizar un supuesto de hecho controvertido, como es el caso de si las entidades financieras deben responder de las cantidades anticipadas que fueron depositadas en la propia entidad en el caso de que dicha entidad no tenga posibilidad de conocer que su cliente estaba recibiendo ingresos en concepto de cantidades a cuenta de una promoción de viviendas. Pues la respuesta, en estos casos, debería ser que tendría que exonerarse de responsabilidad a las entidades de crédito por cuanto que no se les puede imputar una culpa *“in vigilando”* en relación con una actuación que no tienen por qué conocer, ya que no se les puede exigir que desempeñen una labor de vigilancia respecto de todos los clientes que tienen abierta una cuenta en la entidad, sería una labor inviable²⁵.

Y, este criterio, viene confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia 733/2015, de 21 de diciembre) en la que se supeditó el régimen sancionador del artículo 1 de la derogada Ley 57/1968 a que la entidad financiera “supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción”.

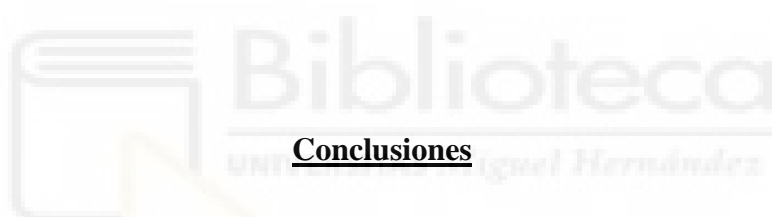
En conclusión, para que pueda derivarse la responsabilidad frente a las entidades financieras depositarias de las cantidades anticipadas, éstas deben haber participado conscientemente en la promoción, bien de forma pasiva (percibiendo con pleno conocimiento las cantidades a cuenta), o de forma activa (coadyuvando con la vendedora en el proceso de construcción y su publicidad), ya que, en caso contrario, no se les puede exigir ese especial deber de vigilancia.

También cabe indicar, que el Tribunal Supremo ha excluido expresamente del ámbito de protección de la derogada Ley 57/1968 (actualmente Ley 38/1999), la responsabilidad de las entidades financieras en

²⁵ A modo de ejemplo, podemos citar la reciente sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería de 3 de mayo de 2017 (número 176/2017) que eximió de responsabilidad a una entidad financiera en la que se depositaron cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda por cuanto que consideró que *“el especial deber de vigilancia de la entidad financiera debe partir de una previa información válida dada para que pueda actuar pues de otra forma es imposible determinar o delimitar el ámbito de responsabilidad que la Ley exige”*, por tanto, se consideró que no se le podía imputar una culpa *in vigilando* por cuanto que la entidad crediticia no tenía por qué conocer que se estaban realizando dichos anticipos.

relación con aquellos supuestos en los que las viviendas no fueran a ser destinadas a uso residencial por parte del comprador, a modo de ejemplo podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo 675/2016 de 16 de noviembre.

Igualmente, se ha pronunciado la sentencia 420/2016 de 24 de junio, en la que se eximió de responsabilidad a la entidad bancaria en la que se habían depositado las cantidades anticipadas por estimar que la adquisición de los inmuebles se habían establecido con un fin especulativo. De igual modo, la sentencia 582/2017 de 26 de octubre, que consideró que quedaba fuera del ámbito de protección de la Ley 57/1968 el inversor profesional o no profesional que comprase con la intención de invertir o revender el inmueble.



A lo largo de este trabajo ha sido objeto de estudio el tratamiento que hace la legislación española respecto de los adquirentes que realizan entregas a cuenta para la compra de viviendas sin que las mismas les hayan sido entregadas, y que tiene como finalidad principal la de garantizar la posición de los mismos, ya que éstos, a priori, se encuentran en una situación de indefensión. Por ello, la Ley 57/1968, de 27 de julio, surge como consecuencia de la justificada alarma provocada por la reiterada comisión de abusos por parte de constructores-promotores.

Mediante la citada Ley, se reconoce a favor del adquirente de una vivienda que entregue anticipos de dinero a cuenta del total precio, una serie de mecanismos: **civiles**, **administrativos** y **penales**, para el caso de que el vendedor incumpla su obligación de entrega, de modo que éste puede hacer valer sus derechos. De hecho, la Ley otorga la posibilidad al adquirente que haya realizado anticipos a cuenta de escoger entre:

- Exigir el cumplimiento exacto del contrato (si es posible).
- Por otro lado, resolverlo (esto es, rescindirlo), obteniendo la restitución de las

cantidades anticipadas incrementadas con los correspondientes intereses, entre otros.

Pero esta Ley, la Ley 57/1968, 27 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 (LOSSEAR), que será aplicable a partir del 1 de enero de 2016. Asimismo contiene la modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

Si bien es cierto que no podemos identificar ninguna remisión a la regulación autonómica en la Ley 57/1968, de 27 de julio, durante la vigencia de dicha ley han coexistido multitud de regulaciones autonómicas en relación con la garantía de anticipos a cuenta en la compraventa de viviendas. Pero en la DA 1ª de la LOE tampoco encontramos referencias a la legislación autonómica.

Por su parte, del tenor literal de la DA 1ª de la LOE, no se desprende que queden excluidos del ámbito de aplicación de la ley la adquisición de vivienda cuyo destino final sea destinar la misma a residencia familiar o domicilio precisamente del adquirente. Desde mi punto de vista, considero que ese es un punto diferencial importante entre ambas regulaciones (por un lado de la Ley 57/1968, de 27 de julio; y por otro, de la DA 1ª de LOE, según la Ley 20/2015, de 14 de julio).

Otro aspecto importante es que las cantidades cuya eventual devolución se garantiza en ambas regulaciones, comprende además de las cantidades anticipadas los intereses legales devengados desde el momento en que se lleva a cabo la entrega de los anticipos por parte de los adquirentes. Así, con la DA 1ª de la LOE, tanto los contratos en los que se haya otorgado aval como seguro, como medio de garantía, existe la obligación del promotor de que garantice la eventual devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes más el interés legal del dinero.

Además, con la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre) se incluye la mención explícita al pago mediante efectos cambiarios, considerando estos títulos valores como pago adelantado, a pesar de que el vencimiento de los efectos sea posterior al momento en que se debe cumplir la

obligación de entrega y al momento en que el adquirente resuelve, exigiendo la restitución de las cantidades pagadas.

Debemos poner el acento en el hecho de que la DA 1ª LOE supedita la obligación del promotor de asegurar la eventual devolución de las cantidades anticipadas para la compra de la vivienda a la “obtención de la licencia de edificación”, algo que no exigía el anterior texto legal. De hecho, el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que la omisión del aval o garantía, así como del depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial que tiene como consecuencia jurídica la resolución del contrato.

En mi opinión considero que el estudio realizado sobre el nuevo régimen nos conduce a pensar en la posibilidad de que la protección del nuevo adquirente puede llegar a ser menor que la anterior protección que se establecía en el régimen anterior, esto es así, si observamos con detalle la línea jurisprudencial que ha establecido el Tribunal Supremo en sus últimas sentencias. Esta línea jurisprudencial favorable para el consumidor queda en entredicho con la reforma. Ya que la reforma no ha servido para aclarar todas las cuestiones dudosas ni para mejorar la protección del adquirente de la vivienda.

Comparto la opinión de numerosos estudiosos del Derecho junto con gran parte de la doctrina de que toda la normativa bancaria y aseguradora que se está dirigiendo, incluye demasiada información, en ocasiones desmesurada, hasta convertirla en excesiva, ya que se podría decir que esta no es la solución, porque de nada sirve aportar información al cliente si éste no la comprende. Por tanto, la verdadera solución podría ser concienciar y educar a una sociedad y a las entidades aseguradoras y financieras. Ya que nos encontramos con un mundo cada vez más globalizado, donde las finanzas, la economía y los seguros forman parte de nuestro día a día. Es por ello, que la ciudadanía debe percatarse de este hecho y exigir a los poderes públicos que les faciliten la educación, no con normas y leyes que no se entienden, sino con una verdadera enseñanza teórico-práctica desde jóvenes. Y por parte de las entidades aseguradoras y financieras igual, ya que deben ser conscientes del papel que aportan en la sociedad en la actualidad, ya que sus actuaciones, al fin y al cabo, repercuten de manera directa o

indirecta en la sociedad en general, como hemos podido comprobar con la gran crisis económica que asoló nuestro país a partir del año 2008.



Bibliografía

Jesús ALMARCHA JAIME, “*Los nuevos deberes de información al tomador del seguro, los mecanismos de solución de conflictos y el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)*”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 15, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/>

Ana **ARMIJO PLIEGO**, “*La responsabilidad de las entidades financieras en relación con las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda*”, en Revista Lex Mercatoria, artículo nº 2, páginas 23-27, año 2018.

Ángel CARRASCO PERERA, “*Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*”, en **CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.:** *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Aranzadi, págs. 530 y 531.

Belén CASADO CASADO, “*Percepción de cantidades a cuenta en la compra de vivienda. Resolución contractual y efectividad de la garantía*”, disponible en InDret, Revista para el análisis del Derecho, octubre 2016.

Ángel CARRASCO PERERA y **Jesús ALMARCHA JAIME**, en Revista Gómez-Acebo y Pombo, “*El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, LOSSEAR*”, abril 2016.

2009, *“Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”*, Civitas- Thomson Reuters.

Javier ESTRUCH ESTRUCH, *“El título ejecutivo de la Ley 57/1968 y el concurso del promotor”*, 2011, en Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés, Tomo I, V.1.

Comentario a la **LOSSEAR**, análisis de la Ley 20/2015, de 14 de julio de Ordenación, Supervisión, y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Comentario a la derogada **Ley 57/1968**, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

M.ª Carmen **ORTIZ DEL VALLE**, *“Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras”*, disponible en Revista de Derecho bancario y bursátil de Aranzadi, abril –junio 2018.

Ángeles **PÉREZ VEGA**, *“Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda”*, en Revista de Derecho patrimonial num.40/2016, editorial Aranzadi, 2016.

RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS, *“Garantías sobre las cantidades a cuenta del precio entregadas durante la construcción de viviendas”*, en Revista Newsletter, Madrid, enero 2016.