



# *La devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*

Autor/a

**Eugenia Fernández Baldomero**

*Abogada. Doctora en Derecho.*

**REVISTA LEX  
MERCATORIA.**

*Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 8

Páginas 32-37

revistalexmercatoria.umh.es

Conocido y admitido por toda la doctrina, lo constituye el hecho de que las pólizas flotantes de los seguros de caución, firmadas entre promotor y entidad aseguradora, no son en sí mismas garantías que legitimen a los futuros adquirentes de una concreta promoción de viviendas frente a la entidad garante; adquirentes que, en el momento de la contratación de dicha póliza, son totalmente desconocidos para ambas partes (entidad aseguradora y promotor-tomador). En igual forma, la línea de avales suscrita entre promotor y entidad bancaria, no garantiza por sí misma la devolución de cantidad alguna anticipada por los adquirentes. La contratación de una póliza flotante o

línea de avales entre entidad garante y promotor permite agrupar a una “pluralidad de intereses o personas” [Vid. CORTÉS DOMINGUEZ, Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro]. La garantía la constituye propiamente, el certificado individual o el aval solidario. La importancia de los documentos individualizados es fundamental pues, como afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de abril de 1995, (cuyo ponente fue SOTO NIETO): “...ha de reconocerse la importancia de las pólizas individuales para entender consolidado y definido en su alcance el seguro de afianzamiento que la Ley prevé como auténtica garantía. Aquellas refle-

jan la identidad del adquirente beneficiario, el quantum de las sumas anticipadas, la prima congruente con ellas y el plazo de duración de la garantía y la efectividad de su abono, todo como justa contraprestación al riesgo asumido por la aseguradora”, concluyendo que “...el objeto del contrato del seguro es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados –adquirentes- por las pólizas individuales que forman parte de él, para el caso de que la construcción de la vivienda especificada en las condiciones particulares de cada una de dichas pólizas individuales no se iniciase o no llegare a buen fin”. [Vid, igualmente, CAMACHO DE LOS RÍOS, Comentario a la STS de 22 de Septiembre de 1997, “Por lo que a la no emisión de certificados individuales de seguro se refiere, la cuestión podría ser, en principio, más grave, ya que en este caso sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por la existencia de la póliza colectiva – previa siempre a los certificados individuales – pues tal posibilidad choca, además de lo establecido en la legislación específica de este seguro, con los elementos esenciales del contrato de seguro...”].

### **El ingreso en la cuenta especial.**

Para que cobre sentido que el promotor solicite cantidades anticipadas a los adquirentes, es lógico que sea con el objetivo de dedicarlas a la construcción de la vivienda y ello le facilite cumplir con su obligación de entregarla en el tiempo estipulado en el contrato de compraventa (plazo que establece él mismo según su propia planificación). 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 (pues ello no impide una mala gestión de los fondos que comprometa el objetivo) dicha finalidad.

Pese a la importancia que tiene la cuenta especial, el legislador no entra a regular de

manera detallada cómo ha de disponerse de dicha cuenta, cuáles son las facultades de la entidad financiera, ni cómo es el control que por la concreta entidad financiera, ha de hacerse. En la última reforma, que ha sido intensa en lo relativo a las garantías y los requisitos que las mismas han de reunir para que puedan servir como tales garantías, no le ha dedicado ni tan siquiera una palabra más a esta medida, con respecto a la que parece conformarse, estableciendo la responsabilidad de las entidades financieras a la hora de su apertura, sin que, ni siquiera ello, esté libre de polémicas. [Vid., en este sentido, ESTRUCH ESTRUCH, 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 27 de julio, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción, afirma: “...es igualmente manifiesto que las entidades de crédito tampoco comprueban que las cantidades de la cuenta especial de las que dispone el promotor-vendedor se destinan única y exclusivamente a satisfacer las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, a diferencia de lo que hacen las mismas entidades de crédito respecto de las cuentas aperturadas especialmente para la recepción por las promotoras de créditos destinados a la construcción, en cuyo caso sí que controlan exquisitamente el destino de los fondos de los que dispone el promotor”; o CAMACHO DE LOS RÍOS, *op. cit.*, “...el banco permite al promotor que retire fondos ingresados sin que sea necesario que demuestre su destino, ya que nos encontramos ante un depósito de disponibilidad...”]. El promotor es el expresamente obligado a “percibir” las cantidades anticipadas a través de la cuenta especial; debiendo indicar la numeración de la misma, en el contrato de compraventa así como en la publicidad. Percibir no es ingresar. El obligado al ingreso, como tal, según la norma, es el adquirente. En el artículo/apartado (Artículo X de

la Ley 57/1968 y Apartado Tres de la DA 1ª tras la modificación de 2015) relativo a la información contractual, establece que se designará la cuenta a través de la cual "...se ha de hacer entrega por el adquirente..."; al igual que se indica que es obligación del promotor "percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes". Es normal que dicha obligación se imponga al adquirente, pues en los años de promulgación de la Ley 57/1968, era práctica habitual que los adquirentes realizaran los pagos en efectivo o mediante transferencias. De hecho, la Ley habla de "entregas de dinero". Posteriormente, dicha práctica cambió y entonces lo habitual era la aceptación por los adquirentes, a propuesta del promotor, de efectos cambiarios para el pago de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas. De hecho, la Ley de Ordenación de la Edificación del año 1.999, en su disposición adicional primera (junto con algunas modificaciones no exentas de polémica), haciéndose eco de una realidad, cuál era la posibilidad del anticipo de las cantidades mediante la aceptación de efectos cambiarios, vino a desdoblarse dicha obligación: añadiendo a la obligación de ingresar del adquirente, la obligación del promotor de domiciliar los efectos en la cuenta especial, cuando dicho medio de pago hubiera sido establecido por el promotor, en el contrato de compraventa [Vid, CARRASCO PERERA et al, Derecho de la Construcción y la Vivienda, "Es frecuente que el anticipo se instrumente en una letra de cambio apareciendo el cesionario como aceptante de las letras giradas por el promotor y descontadas por el banco, por lo que desconocerá el destino de los fondos, apareciendo tan solo una anotación en la cuenta especial de los distintos efectos cambiarios].

### **La relación de la cuenta especial con las garantías prestadas.**

Conocedor como no puede ser de otra manera, de que las únicas garantías que po-

dían tenerse contratadas en el momento de la apertura de la cuenta especial, serían las pólizas flotantes de seguro de caución o bien la línea de avales y que, las únicas garantías eficaces son las denominadas "individuales" las cuáles no es posible emitir hasta que se conozca al asegurado-beneficiario, que será en el momento de la firma del contrato de compraventa, el legislador exigió el ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas y posteriormente, exigió también, la domiciliación en la misma, por parte del promotor, de los efectos firmados y aceptados por el adquirente. Obligaba además, al promotor, a publicitar e incluir como contenido contractual el número de la cuenta especial. Carecería de sentido tantas molestias si no existiera un por qué más allá de que las cantidades se destinaran efectivamente a la construcción; porque el hecho de que se destinen o no con separación de otros fondos no garantiza: ni la entrega de la vivienda en plazo, ni el inicio de las obras en plazo, ni una gestión adecuada de los fondos disponibles por parte del promotor, etc. El sentido de dicha obligación, ha de ponerse en relación con las propias garantías y con la dilatadamente discutida cuestión de si la póliza flotante del seguro de caución, o la línea de avales, simplemente por el hecho de recoger en el contenido contractual de las mismas, la mención general de los, asegurados o beneficiarios, destinatarios de dicha cobertura o fianza a prestar, mediante afirmaciones tales como "con la finalidad de garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas de la promoción XX", deben garantizar o no la devolución de las cantidades anticipadas por dichos adquirentes, sin haber emitido la póliza individualizada o el aval solidario.

Compartimos con CAMACHO DE LOS RÍOS, *op. cit.*, la afirmación de que "...la Ley recogió en su articulado un régimen jurídico especial respecto al modo en que se han de

percibir los anticipos, lo que afecta, muy directamente al régimen de constitución de estas garantías: en especial, y a los efectos que nos interesa, lo relativo a la cuenta especial”. Y es cierto que, como hemos indicado, la Ley 57/1968, con la modificación posterior de 1999, dejó un claro régimen en relación a la cuenta especial concretado en la obligación de que el promotor debía percibir a través de la misma, las cantidades anticipadas. Igualmente, el adquirente debía ingresar las cantidades que anticipara a través de la misma y el promotor, debería domiciliar los efectos cambiarios aceptados por los adquirentes. Efectivamente, como afirma DIÉGUEZ OLIVA, Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de las cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria, “...no puede hacerse recaer sobre el adquirente las consecuencias de no cumplir con la misma...”, refiriéndose a la obligación de ingresar las cantidades en la cuenta especial cuando la entrega se realiza mediante la aceptación de efectos. Además, ha de tenerse presente que una vez emitidas las garantías individualizadas, es indiferente que las cantidades se hayan ingresado o no en la cuenta especial.

¿Qué especialidad tienen entonces las garantías prestadas en virtud de la Ley que regula la devolución de las cantidades anticipadas y cuáles son las consecuencias del no ingreso en la cuenta especial?

La importancia del ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial, no ha de concretarse sino en relación con el alcance de la garantía prestada por la entidad garante o más concretamente, con la posibilidad de que la póliza flotante de seguro de caución y la línea de avales puedan cubrir la devolución de aquellas cantidades anticipadas siempre que estas se hayan ingresado en la cuenta especial aunque no se haya emitido por la entidad garante, independientemente del motivo, la correspondiente garantía individualizada, sea cer-

tificado individual de seguro de caución o el propio aval solidario. La doctrina admite e igualmente el legislador, que las garantías propiamente dichas son el certificado individual de seguro de caución y el aval solidario, sin que pueda considerarse emitida la garantía con la sola contratación, entre promotor y entidad garante, de la póliza flotante o de la línea de avales. Éstas, no legitiman al adquirente frente a las entidades garantes. En idéntica forma es admitido y es doctrina jurisprudencial, que el ingreso de las cantidades en la cuenta especial no es fundamental para que un adquirente pueda obtener la devolución de las cantidades anticipadas si se emitió certificado individual o aval solidario. La peculiaridad del sistema de garantías consiste en que las entidades garantes, pese a no haber emitido la denominada garantía individual, responderán siempre de las cantidades anticipadas que se ingresen en la cuenta especial. Sin embargo, con este sistema y sin haberse emitido las garantías individuales, la entidad garante se encontraría con la inseguridad de desconocer el límite del riesgo por el que debe responder, motivo por el que la norma (tanto la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, derogada expresamente por la Ley 20/2015 de 14 de julio, sobre Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; como en la reciente redacción de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación modificada por la referida Ley 20/2015), concede la facultad de consultar los movimientos de la cuenta especial a la entidad aseguradora y da por hecho que la entidad financiera garante, en tanto que entidad financiera depositaria de la cuenta especial, podrá también consultarlos. Por ello, el legislador establece que la falta de pago de la prima del seguro nunca será oponible al asegurado; no porque configure una especie de seguro o garantía gratuita, sino por-



que conociendo la entidad aseguradora la existencia de un nuevo asegurado por cuenta ajena, a través del ingreso de cantidades en la cuenta especial abierta, pueda reclamar al promotor el cumplimiento de la obligación de solicitar la emisión del certificado individual y el pago de la correspondiente prima, en virtud de lo pactado en la póliza flotante. Del mismo modo, las entidades financieras podrán, al tener conocimiento de un nuevo ingreso en la cuenta especial, emitir el correspondiente aval solidario y exigir del promotor el pago por dicha emisión o bien proceder al cargo, por compensación, en cualquier otra cuenta que el promotor tenga abierta en la entidad, en virtud de cláusulas que suelen incluirse en este sentido y con carácter general, en todas las pólizas financieras.

El sistema hace aguas cuando la cuenta especial no se abre o cuando la entidad financiera que se constituye como entidad garante, es distinta de la entidad depositaria de la cuenta especial.

Al margen de estas excepciones, ante la pregunta concreta sobre si la entidad garante, entidad aseguradora o entidad financiera avalista, puede negarse a devolver las cantidades anticipadas cuando las mismas no se hayan ingresado en la cuenta especial, la respuesta es clara: nunca, si se emitió garantía individual (póliza individual de seguro de caución o aval solidario) a favor del adquirente, extraño en la relación entre el garante y el promotor (erróneamente las entidades aseguradoras suelen oponer la falta de ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas para evitar el pago de la indemnización cuando han emitido los certificados individuales) y siempre, si nunca se emitieron los documentos individualizados y únicamente existe la póliza flotante del seguro de caución. Ahora bien, si las cantidades anticipadas han sido ingresadas en la cuenta especial, aunque no se emitieran

las garantías individuales, siempre debería responder la entidad garante y ello, en base a dicha facultad concedida para poder supervisar los movimientos de la cuenta especial (establecida en la propia norma –en el caso de la entidad aseguradora- y en caso de coincidencia de la entidad financiera garante y la entidad financiera depositaria). Esta conclusión, no contradice la doctrina jurisprudencial dictada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015 [Sala Primera de lo Civil constituida en Pleno. Fundamento Derecho Cuarto-RJ\2015\352], y que establece que “es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir...” y que por ello “...no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial”, ya que en todas aquellas sentencias en que se hacen responsables a las entidades garantes de la devolución de las cantidades, no se estaban enjuiciando supuestos en los que tan solo existieran las pólizas globales de las garantías, sino que siempre se había emitido el certificado individual del seguro de caución o bien, existiendo solo la línea de avales, la entidad financiera que alegaba el no ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas había consentido el ingreso de las mismas en otra cuenta diferente y previamente abierta al promotor, por lo que, inevitablemente, era responsable de la devolución de aquellas. Evidentemente, a sensu contrario, la posibilidad de que las entidades garantes puedan responder cuando únicamente se ha realizado la contratación de la póliza flotante del seguro de caución o de la línea de avales por el promotor, sin que las cantidades hayan sido ingresadas en la cuenta especial, es del todo rechazable; la aceptación de dicha posibilidad se nos revela vulneradora de la naturaleza de las garantías objeto de estudio además de un equivocado

traslado de la responsabilidad del promotor a la entidad garante sin justificación alguna (y ajena aún –cuando solo existe póliza global- a la relación entre promotor y adquirente).

Derivado de lo anterior, se constata la importancia de la cuenta especial en relación al juego de las garantías ideado por el legislador y se impone la necesidad de una mayor regulación de la misma.