



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y ADE

**Las garantías legales ante la percepción
de cantidades anticipadas en la
compraventa de vivienda: especial
análisis del posible ejercicio de la
acción de regreso por parte de la
entidad de crédito.**

Presentado por:

Delia Ferrándiz García

Tutor:

Vicente Guilarte Gutiérrez

Valladolid, 5 de Julio de 2021

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto el estudio del sistema de garantías legales que protegen a los adquirentes de vivienda en construcción ante la entrega de cantidades anticipadas en la compraventa, y en especial de la responsabilidad de las entidades de crédito y la posible acción de regreso contra el promotor. Para ello, se realizará un análisis de la evolución de la legislación y el régimen del sistema tuitivo actual, con la correspondiente jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto ante las imprecisiones legislativas. Por último, se ahondará en la responsabilidad de las entidades de crédito y en la posibilidad de la misma de ejercitar una acción de regreso ante la falta de mención legal.

Palabras clave: garantías legales, cantidades anticipadas, sistema tuitivo, compraventa de vivienda, adquirente, promotor, entidad de crédito, aval solidario, entidad de crédito, seguro de caución, acción de regreso, responsabilidad, resolución contractual.

ABSTRACT

The purpose of this Final Degree Project is to study the legal system of guarantees that protects dwelling acquirers under construction before the delivery of anticipated amounts in the sale, and especially credit institutions liability and the possible return action against the house developer. To reach this goal, an analysis of the legislative evolution and the current protection system regime, with the Supreme Court corresponding jurisprudence about legislative inaccuracies, will be made. To end with, the essay will deepen into credit institutions' liability and the possibility of its return action in the absence of legal mention.

Key words: legal guarantees, anticipated amounts, protection system, dwelling purchase, acquirer, house developer, credit institution, guarantee, insurance, return action, liability, contract termination.

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

Art. (s)	artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGSFP	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
etc.	etcétera
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
núm.	Número
op. cit.	Obra citada
pág.	Página
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TrLGDCyU	Texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios
Vid.	Véase

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	6
2. REGULACIÓN DE LAS GARANTÍAS LEGALES ANTE LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA	8
2.1. Importancia de la ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. . .	8
2.2. La Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación	12
2.3. El fracaso de la reforma de 2015 en la mejora de la protección del adquirente que realiza anticipos	13
<i>2.3.1. Modificaciones introducidas en la legislación sobre cantidades anticipadas a cuenta de precio en la compraventa de vivienda en construcción de la ley 20/2015.</i>	<i>15</i>
3. EL SISTEMA PREVENTIVO DE PROTECCIÓN	18
3.1. Ámbito de aplicación subjetivo: el consumidor y el promotor	19
3.1.1. <i>El adquirente de vivienda en promoción</i>	<i>19</i>
3.1.2. <i>El promotor</i>	<i>20</i>
3.2. Ámbito de aplicación objetivo	22
3.3. Momento en el que se deben otorgar las garantías de devolución de las cantidades anticipadas y qué cantidades son objeto de garantía	23
3.4. Garantías legales de la devolución de anticipos	26
3.4.1. <i>Régimen básico del seguro de caución</i>	<i>27</i>
3.4.2. <i>Régimen básico del aval</i>	<i>33</i>

3.5. Percepción de las cantidades anticipadas a través de una cuenta especial.	36
3.6. La resolución del contrato	38
3.6.1. <i>Causas legales de la resolución del contrato.</i>	39
3.6.2. <i>Resolución del contrato y concesión de prórroga al promotor</i>	40
3.6.3. <i>Transacción en la reclamación de cantidades</i>	42
3.7. Cancelación de las garantías	43
3.8. Otras cuestiones sobre el régimen de garantías legales ante la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda	44
3.8.1. <i>Contenido obligatorio del contrato de compraventa</i>	44
3.8.2. <i>Obligaciones en materia de publicidad de la promoción de las viviendas</i>	45
3.8.3. <i>Sanciones e infracciones por incumplir el régimen previsto</i>	46
3.8.4. <i>Carácter imperativo de la Disposición Adicional Primera de la LOE</i>	47
4. ESTUDIO ESPECIAL DE LA POSIBLE ACCIÓN DE REGRESO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO	48
4.1. Responsabilidad de los bancos por percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda	48
4.1.1. <i>Responsabilidad de la entidad bancaria que percibe las cantidades anticipadas por el adquirente en una cuenta corriente.</i>	49
4.1.2. <i>Responsabilidad de la entidad bancaria avalista solidaria</i>	51
4.1.3. <i>Naturaleza de la responsabilidad de la entidad bancaria que percibe las cantidades anticipadas por el adquirente en una cuenta corriente</i>	54
4.2. Subrogación y acción de regreso	56

4.2.1. <i>La acción de regreso y subrogación de la entidad de crédito avalista</i>	57
4.2.2. <i>Subrogación y acción de regreso de la entidad de crédito perceptora de las cantidades anticipadas.....</i>	59
5. CONCLUSIONES	62
6. BIBLIOGRAFÍA	65
7. TABLA DE JURISPRUDENCIA	66

1. INTRODUCCIÓN.

La compraventa de vivienda es un negocio jurídico de gran importancia en la vida del ciudadano medio, siendo la mayor inversión que la mayoría realizará teniendo en cuenta el precio en España en agosto de 2020 era de 1.735€/m²¹ de media.

Precisamente por su relevancia y el desembolso que supone, la entrega de cantidades anticipadas antes de la construcción o durante la misma, a la que se ha venido obligando a un consumidor en estado de necesidad de alojamiento familiar, puede producir graves situaciones de indefensión.

Es por ello que, ya en la segunda mitad del siglo XX, tras los abusos cometidos a este respecto y la alarma creada en la opinión pública, se hizo necesaria una legislación que protegiera a los compradores, promulgándose la ley 57/1968 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de vivienda. Pero a pesar del avance en la protección de consumidor con el sistema tuitivo que se logró con la mencionada ley, éste pronto quedó en el olvido y tuvo que ser impuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En esta situación seguía la protección del comprador de vivienda con la entrega de cantidades anticipadas cuando la crisis financiera de 2007 causó una recesión económica generalizada a nivel mundial, que en España se exteriorizó explotando la burbuja inmobiliaria, motor del crecimiento económico en los años noventa y principios de los dos mil. Una gran cantidad de promotoras quebraron con construcciones pendientes por las que se habían entregado cantidades anticipadas y se pudo ver la importancia de la legislación y el sistema tuitivo en esta materia. Esto motivó la promulgación de la ley 20/2015 que pretende dotar de “mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente frente al promotor”.

Atendiendo a la importancia de esta materia el presente trabajo pretende analizar esta legislación inicial que fue pionera en España, así como las modificaciones posteriores que configuran el sistema actual. A partir de la misma, junto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, se va a realizar un estudio pormenorizado del sistema preventivo de protección del consumidor que

¹ Dato de Agosto de 2020. Evolución del precio de la vivienda en venta en España. Idealista. Disponible en <https://www.idealista.com/sala-de-prensa/informes-precio-vivienda/>

adquiere vivienda con la entrega de cantidades anticipadas antes o durante de la construcción.

Una vez sentadas las bases de la legislación general sobre la cuestión se realizará un estudio de manera más detallada del papel que toman los bancos en el sistema de garantías legales del consumidor que adquiere vivienda en la modalidad mencionada.

Las entidades bancarias van a tener una responsabilidad derivada de la obligación que tiene el promotor de ingresar las cantidades anticipadas en una cuenta especial en las mismas. La implicación de ser garante frente al consumidor es que en determinadas circunstancias que se analizarán va a tener que devolver los anticipos al consumidor en sustitución del obligado principal que es el promotor. Es entonces cuando cabe plantearse, y es la hipótesis con la que culmina el presente Trabajo de Fin de Grado, si tiene la entidad bancaria una acción de regreso con la que dirigirse contra el promotor que no cumplió con su deber contractual.

2. REGULACIÓN DE LAS GARANTÍAS LEGALES ANTE LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA.

2.1 Importancia de la ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Resulta una práctica habitual en los contratos de compraventa de vivienda el pago por parte del consumidor de cantidades anticipadas antes de que hayan comenzado las obras de construcción de la misma o mientras éstas suceden.

El preámbulo de la Ley 57/1968 indica precisamente el carácter habitual que tenía ya en los años sesenta la dinámica aludida en los contratos de compraventa de vivienda y los abusos reiterados cometidos contra los consumidores que habían llevado a una alarma justificada en la opinión pública.

Es esta inquietud social ante la situación de debilidad del adquirente de vivienda con la entrega de anticipos motivó que en 1963 se establecieran, mediante decreto, una serie de medidas de garantía para las viviendas construidas con la protección del Estado. Y estas reglas que se propugnaron para el sector público en 1963 en un principio, se extendieron al sector privado, por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas.

Esta ley supone la reacción del Ministerio de Vivienda a la preocupación social, y en su preámbulo se recoge de manera clara su finalidad: *“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”*. (BOE, Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas)

Además, esta legislación supone la incorporación de una serie de principios que posteriormente serían reconocidos con importancia de rango constitucional al establecerse en la Constitución de 1978. La Ley 57/1968 supone entonces *“una clara anticipación a la consideración como principios rectores de la política social y económica del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47*

*CE*²) y de la *garantía de defensa de consumidores y usuarios*” (Estruch Estruch, 2017, pág 13 y 14). Y a este respecto hay que reconocer la labor del Tribunal Supremo que fue pionero al aplicar estos principios rectores y la defensa de los consumidores en su interpretación de la legislación mencionada³.

El contrato de compraventa de vivienda está caracterizado como un contrato bilateral de obligaciones recíprocas. Pero en la situación objeto de estudio sucede que el comprador realiza un cumplimiento parcial anticipado del que el promotor obligado obtendrá financiación. Desde que se produce el pago la situación del consumidor es arriesgada, ya que no adquirirá la propiedad de la vivienda hasta que se cumpla con la *traditio* y le ponga el promotor en poder y posesión de ésta. Por lo tanto, si ocurriese que el promotor no le entregara la vivienda en el plazo convenido puede encontrarse desposeído de tanto de vivienda como de las cantidades anticipadas⁴.

Parece claro entonces que la autonomía privada puede conllevar situaciones de abuso de poder del promotor sobre los consumidores, que son la parte débil del contrato. Es por ello que la ley establece como instrumento legal al respecto un sistema preventivo de protección para favorecer que se adquiera efectivamente la vivienda que se pactó, garantizando la recuperación de los anticipos en caso de que no se produjera la entrega en plazo.

Para lograr este fin, se exige al promotor que cumpla, previamente o al momento de estipular el contrato de compraventa de vivienda por el que se realizaban los anticipos, dos condiciones:

- (i) La constitución de una garantía cualificada mediante aval solidario con la entidad de crédito o seguro de caución con carácter ejecutivo. Éstas serán canceladas una vez se haya expedido la cédula de habitabilidad

² **Art. 47 CE:** Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

³ STS 429/2015 Fundamento de Derecho sexto

⁴ COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus. op. cit. pág 9 y 10

por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y el promotor acredite que ha entregado la vivienda al adquirente.

De esta manera se asegura la devolución de los anticipos con sus intereses si la obra no se inicia, no concluye en el plazo estipulado o no se consigue la cédula de habitabilidad. La mención del carácter ejecutivo resulta relevante porque esto permitía acudir a un juicio ejecutivo, que es más rápido y con oponibilidad de excepciones muy limitada, en vez de al juicio declarativo que atañe por su cuantía⁵.

Si no se acreditara la entrega y expidiera la cédula de habitabilidad se le da al comprador la posibilidad de optar entre la rescisión del contrato de compraventa y la correspondiente devolución de los adelantos con un incremento del 6% del interés anual, o conceder un plazo mayor al promotor para que empiece a construir la vivienda o se la entregue efectivamente

- (ii) La percepción de las cantidades anticipadas a través de una cuenta corriente especial en entidad de crédito. Además, el artículo segundo de la Ley 57/1968 establece que esas cantidades tienen que estar aisladas de otros fondos de propiedad del promotor y solo podrán ser utilizados por el mismo para su aplicación en cuestiones relacionadas con la edificación de la residencia.

El control de la condición anterior se impone a la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, que son responsables de observar si se cumple la misma a la hora de permitir la apertura de estas cuentas o depósitos.

Para terminar de fijar el sistema preventivo de protección se otorga a los derechos recogidos en la Ley 57/1968 el carácter de irrenunciables y a la no devolución de las cantidades anticipadas el de hecho constitutivo de delito o falta de apropiación indebida.

Esta ley fue concretada por diversas disposiciones posteriores que vinieron a desarrollarla: la Orden del Ministerio de Viviendas sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial, de 5 de octubre de

⁵ SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> op. cit. pág 84

1968, la Orden sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, de 29 de noviembre de 1968 y el Decreto 3114/1968 sobre la aplicación de la Ley 57/1968 a las comunidades y cooperativas de viviendas⁶.

Pese a la importancia de la Ley 57/1968 y la protección que brindaba a los consumidores que tantos abusos habían sufrido, ésta fue ignorada e incumplida, o cumplida incorrectamente evitando que tuviera el alcance debido durante muchos años. Esto se debió a *“la falta de voluntad de aquellos a quienes se encomendaba legalmente su ejecución, que halló amparo en una excesiva permisividad de las autoridades, que ejercían escasamente su función sancionadora”*. (COLINO MEDIAVILLA, 2017, pág 13).

Ademas los Tribunales obtaron por inaplicarla, resolviendo los conflictos con relación a las entregas anticipadas de cantidades en la compraventa de viviendas empleando el regimen civil general de las obligaciones que resulta aplicable (arts. 1124, 1101, 1091 CC etc.)⁷.

Sin embargo la ley salió del olvido a raíz de la problemática que se dió en España por la crisis financiera de 2007, que debido a las peculiaridades de la economía española, se plasmó en la explosión de la burbuja inmobiliaria que existía desde los años noventa. El derrumbe del sistema inmobiliario llevó a la quiebra de las promotoras, que tenían en su poder cantidades anticipadas por los compradores de las viviendas que estaban en esos momentos aún en construcción, observandose entonces la relevancia del régimen tuitivo que había sido ignorado.

Hoy en día a recobrado la importancia que anteriormente le fue negada, ya que los tribunales la han vuelto a aplicar y a través de su doctrina jurisprudencial se han establecido derechos para la protección de los adquirentes de vivienda en construcción que entregaban cantidades anticipadas. A pesar de estar

⁶ Vid COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus. pág 11

⁷ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 17

actualmente derogada, es el antecedente y régimen base de la regulación actual que mantiene gran parte del sistema preventivo de protección que contenía.

2.2 La Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación.

La Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación (LOE) en su Disposición Adicional Primera vino a modificar la Ley 57/1968 en algunos aspectos sin derogarla, pero en el momento de su promulgación se trata de una Ley con escasa relevancia a la hora de comprender el sistema actual.

En ella se mantiene la obligación del promotor de otorgar seguro de caución para asegurar las cantidades anticipadas y el depósito de las cantidades anticipadas en una cuenta especial de una entidad de crédito con separación de otros fondos, pero desaparece el aval solidario. No entra en la verdadera problemática que tenía de raíz, que era establecer garantías de devolución de las cantidades anticipadas a través de terceros (aseguradoras y entidades bancarias) en vez de tomar la vía de exigir garantías financieras en el propio promotor obligado⁸.

Las novedades introducidas por la LOE son las siguientes:

- (i) Se aplicará la ley 57/1967 a “*toda clase de viviendas*” incluyendo con esto a las promociones en régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa, mientras que los adquirentes sean consumidores y destinatarios finales de la vivienda.
- (ii) Las cantidades cuya devolución se garantiza son aquellas que se entregan tanto en efectivo como por efectos cambiarios.
- (iii) Se elimina la mención anterior sobre la cantidad fija de intereses que incrementaban los adelantos en un 6% y establece serán los intereses legales que se hayan establecido para cuando se produzca la devolución.
- (iv) La cuantía de las multas que suponen el incumplimiento del promotor de las disposiciones de la Ley 57/1968 las se impondrán por las Comunidades Autónomas. Esta será de hasta el 25% de las

⁸ Vid. FERÁNDIZ Y BALDOMERO, E. (2015). *Tesis doctoral. La problemática de las garantías emitidas en cumplimiento de la normativa reguladora de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*. GRANADA: Universidad de Granada. pág 53

cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda o según lo dispuesto en la normativa de la Comunidad Autónoma⁹

2.3 El fracaso de la reforma de 2015 en la mejora de la protección del adquirente que realiza anticipos.

La importancia que va a tomar la LOE no reside en su texto original, si no en el texto modificado a raíz de la amplia reforma que supuso Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. La misma en su Disposición Final Tercera introduce el sistema tuitivo sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción en la Disposición Adicional Primera LOE y deroga finalmente la Ley 57/1968 modificando la Disposición Derogatoria Tercera LOE¹⁰

La motivación que la propia Ley 20/2015 alega para esta modificación es que así *“se dota 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 (...) 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”* (BOE, Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras., 2015).

Para conseguir los objetivos mencionados se opta por mantener el sistema de protección configurado en la Ley 57/1968, de ahí su importancia ya que su base perdura medio siglo después. No se deroga para eliminarlo si no que se pretende completarlo de forma que se refuerce la protección del adquirente e integrar la normativa dispersa y reglamentaria en un texto de rango legal.

⁹ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 118

¹⁰ Vid BOE. (2015). *Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*. Disposición final tercera. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7897>

Sin embargo, diversos autores concluyen que los objetivos propuestos no se consiguen e incluso que se ha retrocedido en los derechos conseguidos legal y jurisprudencialmente.

Realmente no parecería una reforma necesaria ya que las carencias legales habían sido correctamente interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no parece oportuna la inclusión de un régimen de tal importancia en una disposición final de la LOE que está dedicada a otros temas¹¹

Además de que su oportunidad y justificación se ponen en duda, se da un claro retroceso en los derechos que se había conferido al consumidor tanto por la Ley 57/1968 como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹² y que posteriormente se van a resaltar. Es más, pareciera que se refuerza la posición de las compañías de seguros y entidades de crédito que garantizan la devolución de las cantidades anticipadas¹³, lo cual no es reprochable, pero si esa fuera la motivación debería mencionarse.

Además, se contradice la justificación aducida para la reforma, sobre una jurisprudencia que perjudica al adquirente, con la realidad que observa la doctrina al respecto. Como alude CARRASCO PERERA¹⁴ si bien los pronunciamientos del Tribunal Supremo han contribuido a generar inseguridad jurídica estos siempre han sido favorables a la posición de los adquirentes de la vivienda. Por lo tanto, no se podría fundamentar la ley 20/2015 en un empeoramiento de la situación jurídica del adquirente que ni se da en la realidad ni va a ser mejorada a la luz de las modificaciones introducidas.

¹¹ COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus. Op. cit. 17

¹² Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 17

¹³ CARRASCO PERERA, A. (2015). Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco. Op. cit. pág 1

¹⁴ CARRASCO PERERA, A. Sobre una propuesta del Partido Popular ... (2015). Op. cit. pág 1

2.3.1 Modificaciones introducidas en la legislación sobre cantidades anticipadas a cuenta de precio en la compraventa de vivienda en construcción de la ley 20/2015.

A continuación, se van a indicar cuales han sido las modificaciones clave que introdujo la ley 20/2015 sobre el régimen anteriormente citado.

- (i) Se introduce como garantía a contratar para asegurar los anticipos el aval solidario, siendo una alternativa al seguro de caución¹⁵.

Ya se contemplaba el aval solidario en la Ley 57/1968 que se refería a ambas garantías, el aval solidario y el seguro de caución, de forma unitaria. Sin embargo, se entendió derogado por la LOE al no incluir el texto original una mención al mismo y ahora vuelve a resurgir con modificación de la ley 20/2015.

- (ii) Se especifica que las cantidades anticipadas a cuenta del precio se garantizan desde la obtención de la licencia de edificación.

Esto implica que la duda sobre las cantidades entregadas antes del inicio de la construcción es aclarada ahora y finalmente no están garantizadas.

- (iii) Se establece que la devolución de las cantidades incluye los impuestos y que se añadirán los correspondientes intereses legales aplicables desde la entrega efectiva de los adelantos hasta la fecha estipulada para la entrega de la vivienda por el promotor. Para que se indemnicen las cantidades anticipadas se debe acreditar su aportación por el adquirente, no valiendo a tal fin la mera inclusión de estas en la póliza individual.

- (iv) La póliza a suscribir debe ser individual eliminándose la posibilidad de suscribir una póliza global.

La jurisprudencia es contraria a esta postura ya que lo que venía entendiendo es que la póliza colectiva protegía a los adquirentes incluso con preferencia a la

¹⁵ ALMARCHA JAIME, J. (2015). Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reasegurad. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco op. cit. pág. 1

individual. Y con posterioridad a la modificación de la ley 20/2015 mantiene el Tribunal Supremo la protección de los anticipos por póliza colectiva, aunque ahora supeditada a que no haya póliza individualizada. Como señala en su STS 4645/2016¹⁶ de 23 de septiembre, teniendo en cuenta el carácter tuitivo de la norma: *“es posible entender directamente cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un aval, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales”*. *“La ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva”*.

- (v) Otra novedad es que ahora se especifica que el promotor es el tomador del seguro y quien debe pagar las primas, no pudiendo alegar la aseguradora el impago como excepción para no indemnizar al adquirente. Las primas deben satisfacerse *“por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente.”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999)
- (vi) La letra f) de la Disposición Adicional Primera, dos, introduce una novedad importante: *“La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas”*. Y continúa manteniendo la prórroga del adquirente que ya se recogía en el art. 3 de la ley 57/1968.
- (vii) Si no se produce el inicio de la construcción o la entrega de la vivienda en el plazo contractualmente establecido el adquirente debe requerir fehacientemente la devolución de anticipos al promotor. Si este no

¹⁶ La importancia de esta sentencia ha sido destacada por SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> . op. cit. pág 67

procede al pago en 30 días podrá entonces dirigirse el comprador a los garantes¹⁷. Esto es aplicable tanto para el seguro de caución como para el aval solidario.

- (viii) Se otorga a la entidad aseguradora posibilidad de subrogarse en los derechos de los adquirentes y en virtud de los mismos reclamar las cantidades anticipadas por éstos al promotor. Y se prohíbe al promotor que enajene la vivienda por la que se entregaron los anticipos sin antes haber pagado a la aseguradora por la indemnización que hubo de realizar al adquirente.

Nada se dice a este respecto sobre la posibilidad de la entidad de crédito avalista de subrogarse en los derechos del adquirente. Por lo que habrá que acudir a la regulación del Código Civil sobre fianza para aclarar este punto.

- (ix) Sobre el aval se establece que su caducidad es de dos años sin reclamación del adquirente desde que el promotor incumple su obligación de devolver las cantidades anticipadas.

No se indica el plazo de caducidad para el seguro de caución, cuestión que sí que fue objeto de debate y de presentación de enmienda al texto legal. Sin embargo, no se menciona propiciando que continúe la controversia judicial de si es aplicable el plazo de prescripción contenida en la Ley del Contrato de Seguro¹⁸ de dos años o la general del Código Civil¹⁹ de 15 años²⁰.

- (x) Sobre la cancelación de la garantía, se añade a las causas del art. 4 de la Ley 57/1968²¹, el rehúse del adquirente a recibir la vivienda habiendo cumplido el promotor con la acreditación de la entrega y expedido el documento que faculte la ocupación.

¹⁷ ALMARCHA JAIME, J. (2015). op. cit. pág. 9 y 10

¹⁸ Plazo aplicable en virtud del art. 23 LCS

¹⁹ Plazo aplicable en virtud del art. 1964 CC

²⁰ ALMARCHA JAIME, J. (2015). op. cit. pág. 11

²¹ Las causas de cancelación remitidas son la expedición de la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y la acreditación por el promotor la entrega de la vivienda al comprador.

- (xi) Y por último, con respecto a las sanciones se indica que, a parte de la infracción de ordenación de la edificación, *“el incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la DGSFP”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999)

Por lo tanto, como señala ALMARCHA JAIME²², la acción u omisión de lo regulado sobre esta materia puede suponer una triple sanción: la sanción que se recoge específicamente sobre ordenación de la edificación, sanción en materia de consumo y sanción de la DGSFP.

Finalizado el análisis sobre las novedades añadidas en la reforma Disposición Adicional Primera de la LOE realizada por la ley 20/2015, se va a efectuar a continuación un estudio del sistema preventivo de protección en la entrega de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción según ha quedado configurado. Y, como ya se ha aludido, la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación de la Ley 57/1968 ha resultado capital y por ello se harán apuntes sobre la misma.

3. EL SISTEMA PREVENTIVO DE PROTECCIÓN VIGENTE EN LA ACTUALIDAD.

En el apartado anterior se ha comentado la evolución legislativa que se ha producido con respecto a la protección de los compradores que entregan cantidades anticipadas en la compraventa de su vivienda. Una vez se ha aclarado la legislación vigente y aplicable y como se llegó a la misma, se va a proceder a profundizar en los aspectos técnicos legales del sistema preventivo que ésta establece.

²² ALMARCHA JAIME, J. (2015). op. cit. pág. 14

3.1 Ámbito de aplicación subjetivo: el consumidor y el promotor.

El ámbito de aplicación subjetivo consiste en la delimitación de la validez de la normativa del sistema de protección con respecto a los sujetos a los que es aplicable. Sobre el mismo es necesario precisar que el contrato de compraventa es bilateral porque genera obligaciones recíprocas para ambos contratantes. Por lo tanto, a la hora de concretar este aspecto hay que atender a las dos posiciones que el contrato genera.

3.1.1 *El adquirente de vivienda en construcción.*

Por un lado, está el adquirente o consumidor. Aunque la Ley 57/1968 no usaba el término consumidor, era el objeto de protección al que se refería porque el adquirente de la ley es el que compra, realizando anticipos a cuenta del precio, una vivienda para residencia familiar o domicilio, tanto temporal como permanente, siendo usuario final de la misma. Y se excluye al adquirente que iba a afectar el inmueble a una actividad empresarial o lo hacía con objeto de revenderla.

Se puede observar entonces la función tuitiva del consumidor de esta legislación y que como tal tomó el Tribunal Supremo como criterio imperativo para los conflictos enmarcados en la misma, aplicando de forma novedosa el artículo 51 de la Constitución.

La LOE en 1999 incluyó como sujeto pasivo a los adquirentes de todo tipo de vivienda lo cual generó la duda razonable de si podían tenerse como incluidos los adquirentes de viviendas para afectarlas a su actividad empresarial o profesional o revenderlas posteriormente. Esta incertidumbre fue resuelta vía jurisprudencia del Tribunal Supremo que entendió que esta ampliación se hacía con respecto a las formas de promoción y no para incluir en el sistema tuitivo a cualquier adquirente, incluidos empresarios. Así se ha señalado en diversas sentencias como la STS 2298/2016²³ donde se recogía que el demandante no podía ser considerado consumidor porque había adquirido un total de 18

²³ La importancia de esta sentencia ha sido destacada por SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> . op. cit. pág 56

viviendas y esto se considera compra como inversión, excluyendo la aplicación de la Ley 57/1968.

Además de un análisis de la propia LOE se puede llegar a la misma conclusión, ya que en la Disposición Adicional Primera con respecto a las infracciones y sanciones aplicables recoge lo siguiente: *“El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios (...)”*

En conclusión, el sujeto protegido sigue siendo entonces el adquirente consumidor sin perjuicio de que los adquirentes no incluidos en el sistema tuitivo gocen de garantías similares al añadirlas al contrato por la autonomía de la voluntad contractual²⁴.

3.1.2 El promotor.

Por otro lado, la contraparte de estos contratos de compraventa de vivienda con entrega de cantidades anticipadas es el promotor obligado al otorgamiento de las garantías de las que el consumidor se beneficia.

Sobre este aspecto la legislación de la reforma de 2015 no ha alterado el sentido de la Ley de 57/1968 y la LOE en su Disposición Adicional Primera recoge el concepto de promotor: *“Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción (...)”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999).

Como alude ESTRUCH ESTRUCH²⁵ se entiende como promotores a los que pretenden obtener cantidades de los adquirentes a cuenta del precio de una vivienda que ofertan. Pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, lo que incluye a cooperativas, comunidades de propietarios, y las entidades de

²⁴ Así lo menciona el Alto Tribunal en la STS 3748/2015: “nada obsta a que las partes, aún no siendo consumidor la compradora, adopten un sistema tuitivo superior al normal en el ejercicio de la libertad contractual (art. 1255 del C. Civil).

²⁵ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 27 y 28

gestión inmobiliaria o gestión de cooperativas. Pero también a cualquier comunidad cuando funcione como un promotor controlando la edificación, ideando, planificando, coordinando y dirigiendo e impulsando las obras de las viviendas en cuestión.

El promotor tiene la obligación de otorgar garantía cualificada mediante aval solidario con la entidad de crédito o compañía aseguradora y percibir las cantidades anticipadas a través de una cuenta corriente especial en entidad de crédito. Como resulta lógico, la persona jurídica de la promotora es responsable del incumplimiento de tales obligaciones, pero la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha extendido a los administradores sociales la responsabilidad²⁶. En la STS 2037/2014 y la STS 959/2016 entre otras se reconoce el ejercicio de una acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales de la entidad si el daño fue producido por una conducta culposa o negligente por su parte, ya que no han cumplido con las obligaciones propias del ejercicio de su cargo.

Esta responsabilidad propia de los administradores se extiende también a figuras análogas que tienen conferidas funciones similares. En ese sentido también responde de las obligaciones del promotor el administrador de hecho²⁷, que es cualquier individuo que interactúa en el tráfico con las funciones características de un verdadero administrador, ya sea sin título o con título nulo o extinguido, o emitiendo instrucciones a los verdaderos administradores sobre las actuaciones a realizar²⁸.

En la redacción original de la LOE se hacía referencia a los gestores: “*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*” (BOE, Ley 38/1999,

²⁶ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 28

²⁷ Vid COLINO MEDIAYLLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus. op. cit. pág 34

²⁸ Vid BOE. (2010. Entrada en vigor: 01/09/2010). *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*. Obtenido de «BOE». Artículo 236.3. núm. 161, de 03/07/2010.: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Texto inicial publicado el 06/11/1999).

Pese a que esta mención se suprimió con la modificación de la Ley 20/2015, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo extiende la responsabilidad tanto a la junta rectora de las cooperativas como a la sociedad gestora de las mismas en el caso de que no se cumpla la obligación de constituir la garantía de la devolución de las cantidades anticipadas en las cooperativas de vivienda. Esta extensión se justifica debido a que, aunque no es una promotora, su dedicación profesional a la gestión de cooperativas y su amplia capacidad de actuación por los poderes que le concedió la cooperativa permitía la aplicación del artículo 236.3 TRLSC sobre el administrador de hecho²⁹.

Por último, cabe mencionar que la LOE, al igual que la Ley 57/1968, también recoge la posibilidad de que por vía reglamentaria se establezcan los entes públicos que promocionan vivienda que se excluyen de la obligación de prestación de garantía³⁰.

Con esto quedan delimitadas las partes del contrato de compraventa de vivienda con entrega de cantidades anticipadas a cuenta del precio, entre los cuales se establece el sistema protector del consumidor por el cual el promotor está obligado a prestar una serie de garantías.

3.2 Ámbito de aplicación objetivo.

La ley 57/1968 es aplicable a las viviendas en construcción que compran consumidores, es decir que el adquirente es el destinatario final que las va a usar como residencia familiar, ya sea permanente, temporal o accidental. Esto no es modificado en la Disposición Adicional Primera, por tanto, esta ley no es aplicable a compras especulativas con la intención de revenderlas e introducirlas en un proceso comercial³¹.

²⁹ Vid COLINO MEDIIVILLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus. pág 34 y 35

³⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 29

³¹ SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> op. cit. pág 56

Como recoge SILLERO CROVETTO³² *“No se aplicará la Ley a las unidades inmobiliarias que no puedan ser consideradas por su naturaleza viviendas o apartamentos, tampoco a la compra de oficinas o locales comerciales. Respecto de los trasteros, sótano o garajes adquiridos por el comprador junto con la vivienda, se propone distinguir si se adquieren como unidades independientes de la vivienda, o por el contrario, han sido configurados en el título constitutivo de la Propiedad Horizontal como anejos inseparables de la misma”*.

La autora se está refiriendo en este caso a la Ley 57/1968 pero es igualmente aplicable al régimen vigente en la LOE. Como se ha aludido anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que la mención de la LOE a *“toda clase de viviendas”* era para incluir a todas las formas de promoción y no para incluir en el sistema tuitivo a cualquier adquirente, incluidos empresarios. Lo mismo se infiere de la propia LOE cuando recoge que el incumplimiento del régimen en ella establecido sobre percepción de cantidades a cuenta supone una infracción en materia de consumo.

3.3 Momento en el que se deben otorgar las garantías de devolución de las cantidades anticipadas y qué cantidades son objeto de garantía.

El aspecto temporal sobre cuándo debían otorgarse las garantías de la devolución de los anticipos del adquirente bajo la Ley 57/1968 no había resultado un tema controvertido doctrinalmente, aunque sí que había presentado dificultades de aplicación práctica. La Ley 20/2015 que en palabras del legislador había venido a mejorar la posición del adquirente dándole una mayor seguridad jurídica no parece haber resuelto los obstáculos ya existentes.

La Ley 57/1968 no introducía elementos temporales, y las cantidades anticipadas en su totalidad tenían que ser garantizadas desde que el consumidor las entregaba. Y esto debido a que antes o de forma simultánea a la firma del contrato de adquisición de la vivienda ya debía concurrir la garantía y la cuenta especial. Es precisamente el ignorar la línea cronológica que siguen los negocios jurídicos lo que entrañaba problemas de aplicación del sistema preventivo.

³² SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> op. cit. pág 57

El planteamiento entendía el entramado contractual como la concurrencia de una serie de contratos que iban a tener eficacia simultánea. Sin embargo, se entraba en un círculo vicioso que lo hacía inoperable: para el contrato de adquisición de la vivienda era necesaria la mención de la entidad garante y de la entidad bancaria con la cuenta especial para realizar el ingreso de los anticipos; para contratar la garantía se necesitaban datos del contrato de adquisición, como la cantidad que se anticiparía o la identidad del consumidor; y la entidad bancaria requería la existencia de la garantía para la apertura de la cuenta especial³³.

Ante la imposibilidad real de que se desplegara el sistema legal de protección era evidente que no se iba a paralizar el mercado de compraventa de vivienda. La aplicación práctica pasó entonces por la inobservancia del régimen de la Ley 57/1968 lo que terminó en la protección del consumidor ya no por vía preventiva si no punitiva, con la imposición de responsabilidades por los tribunales a los infractores.

Esta protección vía judicial siguió siendo necesaria hasta momentos muy cercanos a la reforma de 2015. Cabe mencionar a este respecto la STS 4496/2013 de 13 de septiembre, donde hubo de reiterarse la Sala en que, pese a que no se conocieran los datos necesarios para establecer un seguro individual para la devolución de las cantidades anticipadas, esto no justificaba el incumplimiento y debía servir un seguro de caución colectivo existente como garantía de todos los afectados.

Pese a la problemática existente, la Ley 20/2015 no dio solución a las cuestiones referidas, aunque introdujera modificaciones a este respecto. Lo que sucede es que se establece entonces sí un momento en el que se deben garantizar los anticipos, que será, por un lado, y en virtud de la Disposición Adicional Primera 1.a) LOE, la concesión de la licencia de edificación. Atendiendo a esto se retrocede en la protección del consumidor, ya que las cantidades que se entreguen antes de la concesión no tienen la obligación de estar garantizadas ni de depositarse en una cuenta especial. Sin embargo, en la Disposición Adicional

³³ Vid COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus. pág 71

Primera 3 de la LOE se retorna al criterio de la Ley 57/1968 y se exige la garantía en el momento de otorgamiento del contrato de compraventa.

Los juristas a este respecto han entendido que se debe interpretar la LOE de forma que no se atienda al criterio de obtención de la licencia de edificación o se estaría atacando, tanto la finalidad de la ley, como el carácter tuitivo de la regulación.

En palabras de ESTRUCH ESTRUCH³⁴ el promotor debe entregar un documento que acredite la garantía si el contrato de compraventa, por el que se van a obtener las cantidades anticipadas a cuenta del precio, se celebra antes de la concesión de edificación. Esto es conforme, tanto con la jurisprudencia como con el objetivo de protección de la legislación.

En referencia las cantidades que tiene que ser objeto de garantía también se produce un retroceso en la protección de la posición del adquirente. La LOE en su redacción original recogía que *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.*" (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999).

El cambio que se efectúa en la citada disposición por la reforma del 2015 modifica hasta cuándo serán computables los intereses legales, reduciendo el plazo hasta la fecha en la que el contrato estipulaba que el promotor debía entregar la vivienda al adquirente. Por lo tanto, desde que se debió haber entregado la vivienda y no se hizo, hasta que se devuelvan los anticipos no se devengan intereses por no disponer el adquirente de las cantidades anticipadas³⁵.

Siguiendo la redacción actual del precepto se acaba concluyendo que efectivamente se deben garantizar los intereses legales de los anticipos hasta la fecha estipulada de entrega de la vivienda, esto sin perjuicio de que, de acudir el

³⁴ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 40

³⁵ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 45

adquirente al procedimiento ordinario pueda reclamar los intereses desde que interpone la demanda o los intereses correspondientes según la Ley de Contrato de Seguro³⁶.

3.4 Garantías legales de la devolución de anticipos.

El sistema preventivo de protección del adquirente de vivienda que entrega cantidades anticipadas en la Ley 57/1968 se asentaba en dos pilares fundamentales, y el primero de ellos consistía en constituir una garantía cualificada ya fuera mediante aval solidario con la entidad de crédito o seguro de caución con carácter ejecutivo.

Este sistema de garantías que conforma la protección del consumidor, junto a la obligación de que las cantidades que se anticipan al promotor se ingresen en cuenta especial de la promotora en entidad de crédito, que se estudiará posteriormente, se ha mantenido tras la reforma de 2015 con la estructura fundamental que recogía la Ley 57/1968. Aunque se elimina la parte que hace mención a la ejecutividad del aval y el seguro y ya no serán considerados títulos ejecutivos extrajudiciales.

La LOE contiene, en su Disposición Adicional Primera, uno, 1, como condición a cumplir por el promotor que pretenda obtener los anticipos del contrato de adquisición el *“Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, 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, 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.”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999)

³⁶ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 45.

Vid GALLEGU DOMINGUEZ, I. (2015). “Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 reformada por la Ley20/2015”. *Revista de Derecho Privado* nº6. pág 67 y 68

Como se puede observar las garantías que se contemplan son el seguro de caución y el aval solidario, y al respecto de los mismos se va a proceder a realizar un estudio del régimen básico de estas dos figuras centrales del sistema tuitivo.

3.4.1 Régimen del seguro de caución.

El seguro de caución se puede definir, atendiendo al artículo 68 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro, como un tipo de contrato de seguro que garantiza el cumplimiento contractual, ya que el asegurador se obliga a indemnizar a la persona asegurada por los perjuicios que sufriera si el tomador no cumple con las obligaciones que asumió contractualmente o las que le corresponden legalmente³⁷.

Partiendo del concepto del contrato de caución la Disposición Adicional Primera, dos, 1, establece los requisitos que debe tener el seguro de caución para que específicamente pueda ser utilizado para servir como garantía de las cantidades anticipadas para la compraventa de viviendas

- (i) En primer lugar, *“Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales.”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999)

Aquí se incluye una novedad importante y es la especificación de que la póliza de seguro debe ser individual. Esto implica que los contratos de seguro colectivo que pudieran suscribirse, que comprenden al conjunto de la finca, no son suficientes y es necesario un seguro de caución por cada adquirente. Así se liquida el sistema que creó la Orden del 29 de noviembre de 1968 que combinaba un contrato de seguro colectivo entre asegurador y promotor y una póliza individual.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecía, y sigue estableciendo tras la reforma de 2015 que, ante la falta del seguro individual de cada adquirente, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva del consumidor de la

³⁷ Vid Artículo 68 BOE. (17 de Octubre de 1980). *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-22501>

legislación, debía bastar el seguro colectivo para asegurar la devolución de los anticipos. Por lo tanto, aunque el promotor deba constituir una póliza individual, en el caso de que no existiera y sólo hubiese seguro colectivo, la devolución al consumidor de los anticipos entregados sigue estando garantizada por ésta.

Así se pronuncia el Alto Tribunal en la STS 3870/2015 cuando menciona que el concertar un seguro de caucion o aval colectivo supone que las entidades con quienes se conciertan son garantes de la devolución de las cantidades anticipadas. Y esto porque no puede perjudicar al consumidor el que el promotor no haya contratado los avales o seguros individualizados.

- (ii) En segundo lugar, lo que se tiene por cantidades anticipadas garantizadas son *“las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999)

A este respecto ya se mencionó en el apartado anterior la problemática con los intereses legales y cómo debía interpretarse que se computan desde que el consumidor entrega las cantidades anticipadas hasta la fecha entrega de la vivienda establecida en el contrato. Esto sin perjuicio de que, en caso de reclamación de los intereses por el procedimiento ordinario se incluyen los correspondientes desde que interpone la demanda o los intereses correspondientes según la Ley de Contrato de Seguro.

Además hay que precisar, interpretando este requisito, lo que son las “cantidades anticipadas”, ya que de la redacción del mismo parece inferirse que son las entregadas cuando se celebra el contrato. Sin embargo, debe entenderse que comprende a todas las cantidades que el contrato de compraventa establece que debe retribuir el adquirente antes de que se finalice la obra de la vivienda y se le

ponga en posesión de la misma³⁸, independientemente de que se paguen antes o después de la celebración del contrato.

- (iii) A continuación, se procede a establecer los elementos subjetivos de este contrato de seguro de caución. El promotor de las viviendas es el tomador del seguro y como tal tiene que pagar la prima que corresponda desde que se eleve la escritura pública de la compraventa o el instrumento jurídico equivalente utilizado. Y por otro lado el adquirente en virtud del contrato de compraventa es la parte asegurada³⁹.
- (iv) La ley continúa aclarando que la compañía aseguradora no puede oponer las excepciones que tuviera con el promotor - tomador en el contrato de seguro contra el adquirente de vivienda, especificando como excepción inoponible la falta de pago de la prima de seguro.
- (v) Sobre los requisitos temporales “*la duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas*” (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999).

En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá aplazar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga. Sin embargo, no es obligatorio para el asegurador la aceptación de la prórroga por el comprador y la ampliación del contrato de seguro. Esto puede llevar a que, si el adquirente concede este aplazamiento, corre el peligro de perder las cantidades anticipadas para la compraventa de la vivienda si la compañía aseguradora decide no aceptarla o ampliar la duración del contrato de seguro⁴⁰.

³⁸ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 59

³⁹ Vid BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999

⁴⁰ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 61.

- (vi) También se concede a la entidad aseguradora la posibilidad de comprobar mientras permanece vigente el seguro los documentos y datos de las obligaciones del promotor con los adquirentes asegurados.

- (vii) La Disposicional Adicional Primera dos, 1.h) continua así: *“En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el asegurado, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999).

Esto implica que es necesaria la reclamación previa al promotor por el adquirente para la devolución de las cantidades anticipadas y que no se produzca la restitución para que pueda el asegurado dirigirse contra la entidad aseguradora. Y si esta reclamación previa no fuera posible puede el asegurado reclamar directamente al asegurador. Cuando esta reclamación se produce el asegurador debe indemnizar al adquirente por los anticipos en el plazo de treinta días desde la misma.

Como indica ESTRUCH ESTRUCH⁴¹ este requisito de reclamación previa se estableció en la Orden de 29 de noviembre de 1968, pero la jurisprudencia no exigía esta reclamación por entender que limitaba los derechos irrenunciables de los adquirentes.

A esto hay que añadirle que se elimina el carácter ejecutivo que se le confirió a la póliza individual junto con los documentos que acreditaran que no habían comenzado las obras o no se había entregado la vivienda.

⁴¹ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 62.

Por lo tanto, se vuelve a retroceder en los derechos de los adquirentes que habían sido concedidos, tanto por la legislación base de la ley 57/1968, como jurisprudencialmente.

- (viii) Dentro de las cantidades anticipadas que serán indemnizadas por el asegurador se recogen las que se han entregado efectivamente al promotor. Las cantidades que están aseguradas pero que no se han entregado aún al haberse pactado el aplazamiento no son indemnizables. El asegurado debe acreditar que fueron aportadas.

La acreditación de que las cantidades fueron efectivamente aportadas ya se mencionó que suponía una novedad de la Ley 20/2015 con respecto a la regulación precedente. Este añadido vuelve a poner en duda la finalidad que se afirma para la modificación, porque no beneficia ni avanza en la protección al adquirente⁴² el tener que acreditar la aportación de las cantidades.

- (ix) A propósito del plazo de prescripción de la acción del asegurado frente a la entidad aseguradora para la devolución de cantidades anticipadas, se trata de una cuestión controvertida.

Se podría pensar a tenor de la letra l) que establece la supletoriedad de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que el plazo sería de dos años.

Al respecto la STS 1796/2019 estableció un criterio uniforme sobre el plazo de prescripción desechando la teoría anterior sobre la aplicación de la Ley del Contrato de Seguro e instaurando el plazo general recogido en el art. 1964 CC. La razón fundamental es la siguiente: *“el art. 1-1.^a de dicha ley (Ley 57/1968) prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art. 1-1.^a), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto -y considerablemente más corto- en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el art. 7 de la propia Ley*

⁴² ALMARCHA JAIME, J. (2015). Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradas. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco. Op. cit. pág 6

57/1968 establece que los derechos de estos "tendrán el carácter de irrenunciables" (ALMARCHA JAIME, 2015)

- (x) La ley recoge un derecho de subrogación para el asegurador que deba reintegrar los anticipos que no ha devuelto el promotor al adquirente y la prohibición de enajenación al promotor.

La Disposición Adicional Primera continúa recogiendo los derechos que se le reconocen al asegurador en caso de que proceda indemnizar al adquirente asegurado. La entidad aseguradora puede reclamar al tomador las cantidades devueltas y se subrogará en los derechos de los asegurados. El promotor deberá resarcir previamente a la aseguradora la indemnización para poder enajenar la vivienda que iba a ser objeto de compraventa.

Al respecto de esta disposición de la LOE, ALMARCHA JAIME⁴³ señala la contradicción entre la misma y el artículo 68 LCS que prevé un derecho de reembolso frente al promotor y no la subrogación en los derechos del asegurado. Y solventa la misma aplicando el principio de especialidad de la LOE frente a la LCS, prevaleciendo entonces la subrogación frente al reembolso. Esto supone un perjuicio para las entidades aseguradoras ya que la subrogación solo permite la reclamación de las cantidades anticipadas y los intereses correspondientes, mientras que el derecho de reembolso se extiende a cualquier desembolso que haya tenido que realizar el asegurador, como los honorarios de abogados.

ESTRUCH ESTRUCH⁴⁴, también puntualiza al respecto que es aplicable el art. 43 LCS indicando que cuando se subroga el asegurador en los derechos del adquirente lo hace con el límite de la cantidad a indemnizarle.

También surgen dudas con la segunda parte de esta disposición de la LOE que hace referencia a la prohibición de enajenar la vivienda por el promotor hasta haber satisfecho las cantidades debidas a la aseguradora. ¿Cómo podría conocer un tercero que la vivienda que pretende adquirir tiene una restricción de

⁴³ ALMARCHA JAIME, J. (2015). Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradas. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco. Op. cit. pág 9

⁴⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 64.

disponer? ¿Se debe inscribir en el Registro de Propiedad? ¿Qué documentos podrían atestiguar que se han reintegrado las cantidades? También hay reparos sobre la utilidad de una prohibición que impide al promotor obtener ingresos con los que resarcir a la entidad aseguradora que es lo que se pretende salvaguardar⁴⁵.

3.4.2 Régimen del aval.

Como se ha abordado anteriormente la LOE establece como mecanismos para garantizar la devolución de las cantidades entregadas y los intereses tanto el contrato de seguro de caución como el aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas.

Después de recoger el régimen del seguro de caución, la Disposición Adicional Primera 2 instituye los requisitos del aval para que este sirva como garantía de las cantidades anticipadas para la construcción y venta de vivienda.

- (i) En primer lugar, en cuanto a las cantidades que debe cubrir el aval estas son las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa o en el instrumento jurídico equivalente que se hubiera utilizado en su caso. A las mismas deben añadirse los impuestos y el interés legal del dinero desde que se entregó el anticipo hasta la fecha en la que se prevé la entrega de la vivienda por el promotor⁴⁶.

Cabría mencionar sobre este aspecto la diferencia con el seguro de caución sobre las cantidades garantizadas, ya que éste último asegura las cantidades que efectivamente depositadas en la cuenta especial pero no las pendientes de aportar. Sería entonces más beneficioso para el adquirente que, a favor de los anticipos aportados por él, se constituyera un aval, dado que este cubre la totalidad de los anticipos sin importar su efectiva aportación.

Sin embargo, parece incoherente esta diferencia dado que el legislador pretende establecer un régimen equivalente para el aval y el seguro de caución, y por lo tanto *“habría que interpretarse en los mismos términos que se hizo con el seguro,*

⁴⁵ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 67.

⁴⁶ Vid BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999

esto es, quedan bajo garantía las cantidades que se vayan ingresando en la cuenta especial de forma efectiva” (ALMARCHA JAIME, 2015).

Además, sobre las cantidades anticipadas la jurisprudencia del Tribunal Supremo matiza que cubrirá siempre el total de las mismas aun cuando estas superen el límite máximo recogido en el aval o póliza de seguro o no se depositaran en cuenta especial⁴⁷.

- (ii) En segundo lugar, se requiere, como en el seguro de caución, la reclamación al promotor para que devuelva las cantidades anticipadas mencionadas anteriormente. Cuando en el plazo de treinta días desde la reclamación no se haya producido la devolución, o si no fuera posible la reclamación previa, se podrá exigir al avalista el pago de los anticipos.

El mecanismo garantía es un aval solidario, lo que implica que el avalista debe cumplir las obligaciones del deudor, en este caso el promotor, y por ser solidario el comprador puede actuar contra el deudor avalado o el avalista indistintamente. Que se exija la reclamación previa lo convierte en subsidiario o solidario sin uniformidad entre las partes⁴⁸.

El Tribunal Supremo en la STS 2391/2014 de 7 de mayo⁴⁹ declara que la posición del avalista es autónoma y que el avalista responde cuando, por cualquier causa, no se inicie o no se entregue la vivienda en el plazo estipulado. Esto implica que el avalista no puede oponer las causas de oposición que pudieran corresponder al avalado en virtud del régimen de fianza. Y que una vez se produce el incumplimiento del promotor es indiferente en si la demora es excesiva o no, porque una vez se produce el avalista debe restituir las cantidades anticipadas reclamadas por el adquirente.

⁴⁷ DÍAZ TEIJEIRO, C. M. (2019 , vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*. op. cit. pág. 20.

⁴⁸ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op. cit. pág 71.

⁴⁹ Sentencia destacada por SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3 , pp. 49-92. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> op. cit. pág 62

- (iii) Se exige que el aval sea individual para cada comprador.

Ocurre aquí también que el legislador ha mencionado con respecto al seguro de caución en la LOE que la póliza de este debe ser individual señalando la vivienda concreta para cuya adquisición se entregan las cantidades anticipadas.

- (iv) Con respecto a la caducidad del aval esta cuestión tampoco resulta sencilla. La Disposición Adicional Primera establece lo siguiente: *“Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval”*

La primera crítica de esta última previsión sobre el aval es terminológica al hablar de rescisión en vez de resolución del contrato al haberse incumplido las obligaciones que en él se recogían.

La siguiente es que la obligación garantizada es la devolución de las cantidades anticipadas, no la construcción y entrega de la vivienda, la cual no se puede incumplir sin que el adquirente le haya reclamado la devolución optando por la resolución del contrato. En definitiva, si el adquirente no ha optado por resolver el contrato y le reclama al promotor la devolución de los anticipos no se produce el incumplimiento de la devolución por parte del promotor, y por tanto no puede caducar el aval si no puede producirse el supuesto que establece el *dies a quo*⁵⁰.

El legislador pudo pretender establecer un periodo de dos años para que el adquirente resuelva el contrato y solicite la devolución de las cantidades totales objeto del aval, desde que se incumplió el inicio de la construcción o la entrega de la vivienda, sin haberse prorrogado el plazo para que se produjera o desde que incumplió la devolución de los anticipos. Lo que sí que queda claro es que lo que se establece con respecto a la caducidad es incongruente.

⁵⁰ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. pág 72.

Nuevamente la regulación reformada complica la estructura tuitiva introduciendo aspectos contradictorios y dificultades interpretativas que o no existían o ya habían sido resueltas previamente por el Tribunal Supremo.

3.5 Percepción de las cantidades anticipadas a través de una cuenta especial.

Si el primer pilar del sistema preventivo de protección del adquirente de vivienda con entrega de cantidades anticipadas era la constitución de una garantía cualificada, el segundo consiste en la percepción de las cantidades anticipadas a través de una cuenta corriente en entidad de crédito.

La Ley 20/2015 no ha introducido modificaciones con respecto a Ley 57/1968 por lo que la Disposición Adicional Primera, uno, 1.b) de la LOE, recoge el tenor de la misma: *“Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de 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, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”*. (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999)

Lo que se pretende con esta obligación para el promotor es que, por un lado, para que se pueda abrir esa cuenta se deba haber constituido las garantías cualificadas y, por otro, que se separen los anticipos del patrimonio empresarial para que la contabilidad resulte transparente y sea comprobable que éstos se utilizan para la construcción de la vivienda tal y como exige la LOE.

La ley establece un control, por la entidad de crédito en la que se abre la cuenta especial, de que existen las garantías obligatorias y de la disposición que la promotora va a hacer de los fondos que provienen de las cantidades anticipadas.

Sobre el control de la apertura de la cuenta corriente especial, y como se aludió con anterioridad, existen dificultades prácticas al respecto entrando en un círculo vicioso. Se exige que para publicitar la promoción haya sido abierta la cuenta

especial, pero para ese momento es habitual que no se ha celebrado ninguna compraventa y no se haya podido otorgar las garantías individuales. Para realizar el contrato de compraventa la LOE exige que figure la cuenta especial en la que el adquirente debe entregar las cantidades anticipadas. Según lo mencionado es necesario para haber abierto esa cuenta especial que se haya otorgado la garantía individual obligatoria, pero no se puede contratar la garantía individual si todavía no se ha celebrado el contrato de compraventa de vivienda.

Parece que la legislación está pensada para un acto unitario donde se produce la firma del contrato de compraventa y se entregan las cantidades anticipadas por el comprador, en ese momento se abre la cuenta especial ingresando las mismas y la aseguradora o la entidad de crédito otorgan las garantías. Sin embargo, esto no es lo que realmente ocurre en la práctica.

Como solución a esta maraña de actos se habría varias posibilidades: en primer lugar, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta que la póliza colectiva es suficiente para garantizar los anticipos, con la existencia de ésta valdría para abrir la cuenta especial y se exigiera la póliza individualizada para aceptar los ingresos de cada comprador. En segundo lugar, que se constituyan las garantías individuales de forma previa a la firma del contrato y desembolso de las sumas anticipadas para que se pueda abrir la cuenta especial⁵¹.

Por otro lado, la otra función de la apertura de cuenta especial es restringir y controlar la disposición de las cantidades especiales para que esta se dedique a las atenciones derivadas de la edificación de la vivienda. Esto supone una obligación del promotor a la hora de actuar, pero también una obligación de control por la entidad de crédito.

Como se puede observar el control de las entidades de crédito sobre las cuentas especiales no queda circunscrita al momento inicial de apertura sino también a la utilización de los fondos ingresados para la construcción de la vivienda. Con este objetivo se puede exigir la entrega de facturas de la edificación o certificaciones de la obra, o prohibir la disposición en efectivo.

⁵¹ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 53

Para concluir con esta cuestión es importante recalcar que el ingreso en cuenta corriente especial de los anticipos es una obligación que se impone a los promotores para proteger a los consumidores. Por ello ni el avalista ni el asegurador pueden alegar la falta de ingreso en una cuenta especial para no reintegrar las cantidades anticipadas al consumidor perjudicándole.

3.6 La resolución del contrato.

Sobre la resolución del contrato las modificaciones introducidas tampoco dotan de mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente. Con respecto a la Ley 57/1968 se elimina la consideración como títulos ejecutivos extrajudiciales del aval y el seguro de caución individual junto a la acreditación de que no se ha entregado la vivienda o comienzo de la construcción. Esto supone un empeoramiento de la posición del adquirente porque no se puede acudir a un juicio ejecutivo que es más rápido y donde las excepciones oponibles por asegurador y avalista están muy limitadas.

La redacción de la Disposición Adicional Primera, cuatro de la LOE, tras la modificación de la Ley 20/2015, recoge sobre la resolución del contrato lo siguiente: *“Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que 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 vivienda”* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999).

Cabe mencionar que la redacción omite, aunque así debe entenderse, que se puede optar entre la prórroga o la rescisión cuando no hubiera comenzado la obra o entregado la vivienda en el plazo establecido en el contrato para que esto sucediera.

La fecha de entrega es esencial que esté contenida en el contrato de compraventa de forma clara y precisa. No hay que olvidar que en la materia estudiada una parte es consumidor y suele implicar condiciones generales de la contratación, con la consiguiente aplicación de la legislación correspondiente. Y

al respecto de la fecha de entrega es considerada como cláusula abusiva la que establezca ésta de forma simplemente indicativa y sometida a la voluntad del empresario⁵², lo que implica que se tendrá como no puesta. Dentro de esta previsión se encuentran también las cláusulas que para establecer esta fecha usan como referencia la concesión por parte de la administración de licencias o documentos que le corresponden al promotor conseguir⁵³.

En la Disposición Adicional Primera cuatro de la LOE, referida previamente, se establecen las causas legales de la resolución del contrato que son: que la construcción de la vivienda no haya llegado a comenzar y la falta de entrega de la vivienda en el plazo establecido contractualmente. Y concurriendo estas circunstancias el adquirente podría optar entre resolver el contrato, y que se reintegren las cantidades anticipadas y los intereses, o conceder una prórroga al promotor.

3.6.1 Causas legales de la resolución del contrato.

La primera de ellas es que la construcción de la vivienda no haya comenzado en el plazo previsto contractualmente. Se trata de un requisito objetivo, una vez sobrepasada la fecha el adquirente puede resolver el contrato, no siendo necesario un perjuicio o un retraso relevante.

Lo relevante entonces es determinar cuándo se considera que ha comenzado la construcción ya que la LOE no lo especifica. El comienzo se interpreta que se corresponde a que se realice una actividad de edificación en la vivienda en sí o del conjunto del inmueble en el que se encuentre la vivienda en concreto.

Esto implica, que *“no será suficiente para entender iniciada la construcción de la vivienda la redacción del proyecto arquitectónico básico y la concesión de la correspondiente licencia de edificación. Tampoco (...) la realización de algunas actividades constructivas de carácter preparatorio, como el movimiento de tierras o el derribo de viejas edificaciones”*. *“Por ello, entendemos que el inicio de la*

⁵² BOE. (2007. Entrada en vigor: 01/12/2007). *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*. Artículo 85.8. Obtenido de «BOE» núm. 287, de 30/11/2007.: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>

⁵³ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch. op.cit. pág 77

construcción de una edificación específica debe fijarse en el momento de otorgamiento del acta de replanteo o de comienzo de las obras” (ESTRUCH ESTRUCH, 2017)

Por lo tanto, se da esta causa legal de resolución del contrato cuando, llegada la fecha establecida en el contrato de compraventa para el inicio de las obras, no se hubiera suscrito el acta de replanteo o de comienzo de la obra⁵⁴.

La segunda causa legal es que no se entregara la vivienda en la fecha establecida contractualmente. Nuevamente la LOE no especifica que se entienda por entrega de la vivienda, pero se está aludiendo tanto a la entrega de la edificación físicamente como a los documentos administrativos precisos para que se pueda utilizar, como la cédula de habitabilidad o la licencia de primera ocupación.

La necesidad de estos documentos es consecuencia de la obligación del promotor de entregar la vivienda de forma que el adquirente pueda disfrutar de la misma según su naturaleza, que si es contravenida supone el incumplimiento esencial del contrato.

3.6.2 Resolución del contrato y concesión de prórroga al promotor

La legislación otorga al adquirente, cuando se producen los incumplimientos aludidos en el plazo fijado, la capacidad optar entre la resolución del contrato y la concesión de una prórroga al adquirente. En cualquier caso, la opción se tiene que ejercitar expresamente y no cabe el ejercicio tácito que implica que al no resolver el contrato se esté concediendo la prórroga al promotor.

Incluso algunos autores como COLINO MEDIAVILLA entienden que no es necesario esperar al vencimiento de la fecha establecida en el contrato: *“si la terminación y entrega de la vivienda prometida deviene imposible antes del vencimiento del plazo fijado en el contrato, frustrándose el fin comercial porque nunca podrá ser cumplido, es decir no podrá entregarse la vivienda prometida en el plazo fijado, es innecesario que el adquirente espere al vencimiento del*

⁵⁴ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 83

plazo para resolver el contrato y solicitar del promotor y del garante” (COLINO MEDIAVILLA, 2017)

El adquirente puede resolver el contrato y reclamar al promotor que le reintegre las cantidades anticipadas con sus intereses correspondientes. Si solamente se reclaman las cantidades e intereses se debe entender implícitamente que se ha resuelto el contrato.

La ley 57/1968 no exigía la reclamación previa del adquirente de los anticipos e intereses al avalista porque tenía carácter ejecutivo la propia acreditación de que no se habían iniciado las obras o entregado la vivienda. Sin embargo, según la Orden de 29 de noviembre de 1968, sí era necesaria la reclamación notarial o indubitada en el caso de seguro de caución a la aseguradora, lo cual descartó la jurisprudencia y la doctrina por limitar los derechos del adquirente.

Sin embargo, actualmente la LOE en sus requisitos de las garantías recoge la necesidad de requerimiento fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades anticipadas y los intereses. Si en 30 días no le fueran devueltas es cuando puede dirigirse el adquirente al avalista o asegurador para que éste le abone las mismas. En el caso de asegurador tiene un plazo de 30 días desde la reclamación para indemnizar y en el caso del avalista es inmediatamente exigible.

Tanto avalista como asegurador no pueden oponer, ante la reclamación del adquirente de vivienda, las excepciones que tuvieran contra el tomador del seguro que es el promotor, y la falta de pago de la prima nunca puede ser excepción oponible. Esto último incluye dentro de la imposibilidad de excepción el impago de la primera prima, que en virtud del art 15 LCS daría derecho al asegurador a resolver el contrato salvo en este caso⁵⁵.

Con respecto a la prescripción de la acción es de cinco años en virtud del artículo 1964.2 CC desde la fecha fijada contractualmente para el inicio de la obra o la entrega de la edificación.

⁵⁵ Según el art.15 LCS Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.

La otra opción que se da al adquirente es la concesión de la prórroga al promotor. Para ello se debe recoger “*en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*” (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999, Disposición Adicional Primera, cuatro).

Optar por esta opción puede suponer la pérdida de la garantía de devolución de los anticipos porque la aseguradora o la entidad de crédito no están obligadas a prorrogar el seguro de caución o el aval. Para que se extienda la garantía debe haber un consentimiento expreso o tácito de la prórroga de la obligación de entrega o se amplía el plazo de garantía modificando el contrato de seguro de caución o de aval.

3.6.3 Transacción en la reclamación de cantidades

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo, más concretamente en la STS 3012/2017 de 18 de julio, ocurre el siguiente caso particular: dos adquirentes de una promoción de vivienda, que había entregado unas cantidades a cuenta para su compra, ante el incumplimiento de comienzo de las obras reclaman a la promotora las mismas. Con ésta llegan a un acuerdo por el que reclaman y la promotora les abona el 60% de los adelantos y los adquirentes demandan a la entidad banco donde se ingresaron las cantidades anticipadas por el 40% restante, lo cual es desestimado.

En sentencia sobre el recurso de casación interpuesto el Tribunal Supremo aclara que el acuerdo transaccional no supone el desconocimiento del carácter irrenunciable de los derechos que el asisten en virtud de la ley 57/1968. En éste, no se renuncia a los mecanismos para la recuperación de cantidades, sí que se pacta el *quantum* libremente renunciando los adquirentes a una parte. “*La transacción produce el efecto de la sustituir la relación jurídica anterior por una nueva, (...) de tal modo que la obligación primigenia del promotor de devolver la totalidad de los anticipos puede verse sustituida por una obligación pecuniaria de menor cuantía*”

Continúa la sentencia mencionando que en caso de que el banco no fuera responsable por el deber de vigilancia de la cuenta especial, sino porque se tratara de una entidad de crédito avalista tampoco estaría obligada por ese 40%

de cantidades adelantadas. Esto se debe a que, acudiendo al régimen de la fianza, por el art. 1826 CC⁵⁶, el *quantum* del pacto ya es la total de la cantidad por la que está obligado el deudor, no correspondiendo pago del avalista.

Y también porque en virtud del art 1839 CC⁵⁷ y según razona el tribunal en la sentencia “*el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, esto es, no podría subrogarse en la cantidad que se le reclama en este litigio, pues los acreedores han renunciado a ella, según ya se ha expuesto*”⁵⁸. Concorre entonces un hecho por el que el avalista no se puede subrogar en los derechos del adquirente y por eso, y como indica el art. 1852 CC el avalista se libera de su obligación.

La STS 3251/2002 de 8 de mayo ya había aclarado con respecto a la fianza que el art 1852 CC evita que un acuerdo del acreedor y el deudor perjudique al avalista de forma que acabara este pagando los anticipos del promotor.

Por lo tanto, los derechos que se otorgan al adquirente por la ley 57/1968 son irrenunciables y no se podrán establecer pactos que, por ejemplo, libren al promotor de recibir el depósito de las cantidades en cuenta especial o de contratar el aval. Pero sí que se van a poder establecer pactos que, manteniendo estos derechos reduzcan el *quantum* de los anticipos a reintegrar.

3.7 Cancelación de las garantías

La LOE dedica la Disposición Adicional Primera cinco a esta cuestión indicando cuales son las causas de cancelación de la garantía otorgada mediante seguro de caución o aval.

La primera es la entrega de la vivienda al adquirente, siendo acreditada la misma por el promotor, y entregados los documentos administrativos necesarios para

⁵⁶ Art 1826CC: El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones.

Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor.

⁵⁷ Art 1839 CC: El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado.

⁵⁸ STS 3012/2017 de 18 de julio Fundamento de Derecho tercero, punto 6

poder ocupar el inmueble como la cédula de habitabilidad o la licencia de primera ocupación.

La segunda consiste en que el adquirente rehúse recibir a vivienda cuando el promotor ha cumplido con los requisitos anteriores. Aquí parece volver a contradecirse la legislación porque si el adquirente rehúsa recibir la vivienda no se cumple con uno de los dos requisitos anteriores mencionados, que es precisamente la entrega de la vivienda. Lo que cabe pensar al respecto de este aspecto es que la ley está hablando de una negativa injustificada del adquirente a recibir la vivienda⁵⁹.

En cuanto a la carga probatoria debe ser el promotor el que acredite que se han aportado los documentos y ofrecido la entrega de la vivienda en la fecha estipulada contractualmente y el rehúse del adquirente a recibirla. Y le corresponde al adquirente justificar las razones de la negativa a recibir la vivienda.

Las garantías, como se ha mencionado, son contratadas por los promotores con la entidad aseguradora o con la entidad de crédito en las que se podrán establecer pactos entre estas partes para la cancelación de las garantías. Sin embargo, el momento en el que se pueden cancelar las garantías con respecto al adquirente es imperativo y no se pueden oponer los pactos del promotor y garante a este respecto.

3.8 Otras cuestiones sobre el régimen de garantías legales ante la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda

3.8.1 Contenido obligatorio del contrato de compraventa.

El contenido que debe recogerse en el contrato viene recogido en la Disposición Adicional Primera apartado tres de la LOE. El mismo no supone una modificación esencial sobre el régimen de la Ley 57/1968 ya que supone una transcripción casi idéntica de la misma. Lo que debe constar en el contrato expresamente es lo siguiente.

⁵⁹ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 104

- (i) La obligación que asume el promotor para el caso de que no inicie la construcción o no entregue la vivienda en las fechas pactadas contractualmente, o si no obtiene los documentos que permitan la ocupación del adquirente de su vivienda. La obligación consiste reintegrar las cantidades anticipadas a cuenta del precio, en el cual se incluyen los impuestos, y los intereses legales.
- (ii) Que se indique en el contrato si se garantiza la devolución de los anticipos mediante aval solidario o seguro de caución y con qué entidad de crédito o compañía aseguradora se ha contratado el mismo.
- (iii) Que se indique la cuenta corriente especial donde se depositarán los anticipos y la entidad de crédito en la que se encuentra.

3.8.2 Obligaciones en materia de publicidad de la promoción de las viviendas

Este aspecto aparece regulado en la Disposición Adicional Primera apartado seis recogiendo que *“será obligatorio hacer constar que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley, haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas”*.

Este apartado no supone una modificación sobre la ley 57/1968 que ya regulaba este aspecto lo cual es reseñable. Si se atiende al contenido es una previsión sobre la información previa a la contratación y supone una preocupación del legislador, en 1968, sobre la relevancia de la información en la formación de la voluntad del consumidor⁶⁰.

Como no se ha alterado prácticamente la regulación ley 57/1968, precisamente por su momento de promulgación, se está pensando en folletos o publicidad por escrito. Pero actualmente debe extenderse *“a la comunicación realizada con el fin de promover la venta de las viviendas con independencia del soporte en el*

⁶⁰ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 114

que se realice (portales inmobiliarios en internet, cuñas radiofónicas, publicidad televisiva, etc.)” (ESTRUCH ESTRUCH, 2017)

Sobre la publicidad de la promoción sale nuevamente a relucir el “círculo vicioso” que supone la aplicación práctica del sistema tuitivo que ya se aludió con anterioridad. La LOE a la hora de recoger el régimen de publicidad de la Ley 57/1968 cambia el tiempo verbal sobre la apertura de la cuenta especial, lo cual parecería irrelevante pero no resulta serlo.

Anteriormente se utilizaba el futuro infiriendo que la cuenta especial no está abierta aún, realizándose este trámite en un futuro; mientras que en la LOE aparece en presente, lo que indica que a la hora de realizar la publicidad la cuenta especial ya debe de estar abierta. Como ya se mencionó para poder abrir la cuenta especial la entidad de crédito tiene que observar que se han otorgado las garantías y que deben ser individuales, lo cual sucede cuando se produce la venta⁶¹. Se llega entonces a un sinsentido, porque los requisitos para poder publicitar la vivienda se dan cuando la vivienda ya se ha vendido.

3.8.3 Sanciones e infracciones por incumplir el régimen previsto

Es el apartado siete de la Disposición Adicional Primera de la LOE el que se encarga de regular esta materia, aunque no va a resultar relevante porque son las Comunidades Autónomas las competentes sobre vivienda y consumo. Esta es una novedad introducida en la redacción original de la LOE en 1999 y que ya fue apuntada.

Por ello las sanciones administrativas que se impondrán al promotor que incumple la normativa objeto de estudio están diseminadas en las leyes autonómicas en materia de vivienda en materia de consumo⁶².

Siguiendo con el análisis del apartado referido a las sanciones, la modificación que introdujo la Ley 20/2015 es que las infracciones de esta legislación van a

⁶¹ ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 116

⁶² Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 119

constituir también una infracción en materia de consumo y que puede entrañar sanciones de la GSDFP⁶³.

A continuación se cuantifican las sanciones de esta legislación especial que van a suponer la infracción: *"Una sanción de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas"* (BOE, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación., 1999).

Pero no tiene mucho sentido esta disposición porque *"señala un porcentaje máximo aplicable a la sanción (...) pero, a continuación, (...) deja en manos de las Comunidades Autónomas la libre determinación del importe de la sanción que, evidentemente, puede superar el 25%"*. (ESTRUCH ESTRUCH, 2017).

Por último, termina este apartado con un párrafo que resulta redundante porque incide en que se le pueden imponer sanciones e infracciones al promotor que resulten de la legislación de ordenación de la edificación.

3.8.4 *Carácter imperativo de la Disposición Adicional Primera de la LOE.*

Como ya se ha aludido al respecto del análisis de la Ley 57/1968, esta concluye con el artículo séptimo disponiendo que *"Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables"*. La Ley 20/2015 suprime esta alusión sobre el carácter de los derechos otorgados siendo una muestra más de que el objetivo de avanzar y afianzar los derechos de los consumidores no se ha conseguido con esta reforma.

Sin embargo el Tribunal Supremo ha basado su jurisprudencia precisamente en este artículo, tanto antes como después de la promulgación de la nueva ley para reforzar la protección del comprador⁶⁴.

El contenido de esta ley es claramente imperativo con respecto a los mínimos que se deben observar para protección al adquirente donde no hay autonomía de

⁶³ ALMARCHA JAIME, J. (2015). Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reasegurad. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco. Op. cit. pág 14

⁶⁴ Se puede observar la postura del Tribunal Supremo en diversas sentencias. Por ejemplo: STS 2391/2014 de 7 de mayo, STS 3870/2015 de 13 de enero

la voluntad posible⁶⁵, aunque la LOE tras su modificación en 2015 elimine esta mención. Como dijo SILLERO CROVETTO⁶⁶ “*para entender que una ley es imperativa no es necesario que la misma lo diga expresamente. Las leyes de consumo reconocen derechos irrenunciables a los consumidores y usuarios*”.

Precisamente hay que apuntar a este respecto que muchos de los contratos de compraventa para la adquisición de una vivienda por el que se entregan cantidades anticipadas son contratos de adhesión. Una parte es la dominante que predispone las cláusulas, es decir, el promotor, y otra parte es débil porque no puede negociar las mismas que le vienen impuestas, que es el adquirente o consumidor. Por lo tanto es aplicable la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios en estos casos y el art 86 TrLGDCyU señala como cláusula abusiva por limitar los derechos del consumidor la que restrinja o despoje al consumidor de derechos reconocidos tanto en normas dispositivas o imperativas.

Por lo tanto, igualmente, en la medida en la que el adquirente de la vivienda es consumidor este régimen se debe aplicar y serán nulas las cláusulas que acoten o contradigan los derechos que les otorga la Disposición Adicional Primera de la LOE.

4. ESTUDIO ESPECIAL DE LA POSIBLE ACCIÓN DE REGRESO DE LAS ENTIDADES BANCARIAS

4.1 Responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda.

Como se ha podido observar durante el estudio de el régimen de garantías legales ante la entrega de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción, las entidades de crédito pueden participar en este sistema en varias posiciones. En primer lugar, como entidad donde se deben ingresar las

⁶⁵ Vid ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch. pág 121

⁶⁶ SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, pp. 49-92. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> op.cit. pág 88

cantidades anticipadas en una cuenta especial y en segundo lugar con avalista solidario de la restitución de los anticipos.

Ante el incumplimiento del promotor de la entrega de la vivienda o comienzo de la construcción en el plazo estipulado puede resolver el contrato el adquirente y reclamarle las cantidades anticipadas que le ha entregado. El promotor es el primer y principal obligado y junto con él, si se le ha requerido previamente, también lo será el avalista y el asegurador⁶⁷. La entidad de crédito donde se depositan los anticipos también será responsable por su reintegración si no cumplió con su deber de vigilancia de que se habían constituido las garantías y se abrió cuenta especial.

4.1.1 Responsabilidad de la entidad bancaria avalista solidaria.

El aval es una de las garantías que la LOE exige al vendedor o promotor que constituya para asegurar al comprador la devolución de los anticipos y el avalista será una entidad de crédito.

La Disposición Adicional Primera de la LOE establece los requisitos necesarios que debe cumplir el aval para que pueda servir como garantía y que son los siguientes:

- (i) En primer lugar, debe cubrir todas las cantidades, junto con los impuestos, adelantadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente. Esto se incrementará en el interés legal del dinero desde su entrega efectiva hasta la fecha estipulada para que el promotor entregue la vivienda.
- (ii) El adquirente, ante el incumplimiento del inicio de la obra o entrega de la vivienda en el plazo pactado, debe reclamar fehacientemente al promotor para que le reintegre las cantidades anticipadas. Si en el plazo de 30 días no le ha devuelto los anticipos podrá el adquirente dirigirse al avalista para exigirle que se los abone. Esta reclamación

⁶⁷ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) 203-214 / ISSN: 1133-3677, 203 - 214.

Podrá reclamar directamente al avalista cuando no sea posible la reclamación previa al promotor.

- (iii) El aval caduca cuando transcurren dos años desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada, sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas.

Para una mayor precisión hay que acudir a la definición de aval bancario que consiste en una garantía personal por la que una entidad de crédito garantiza el cumplimiento de la obligación frente a un tercero si ésta no se satisface por el obligado principal que es su cliente. Como se observa es un contrato de fianza si se atiende a la definición de la misma del art. 1822 CC y por lo tanto le es supletorio el régimen de ésta de los arts. 1822 y ss CC.

Como fiador, la principal obligación de la entidad bancaria a este respecto es cumplir con la obligación garantizada, en caso de que el deudor no cumpla con la misma.

El Tribunal Supremo ha aclarado en su STS 1720/2019 que *“la responsabilidad de la entidad avalista no es la que incumbe como depositaria a la entidad de crédito no avalista, conforme al art. 1. 2.^a de la Ley 57/1968, sino la derivada de dicha garantía”*⁶⁸. Esto tiene implicaciones muy relevantes para la responsabilidad de la entidad de crédito avalista. Va a responder de todas las cantidades anticipadas e intereses derivados sin los límites cuantitativos consignados en el aval (o póliza de seguro) y la responsabilidad que va a tener con respecto a los anticipos establecidos en el contrato tampoco depende de que se depositen o no en la entidad avalista ni se ha abonado en la cuenta especial vinculada a esa garantía.

⁶⁸ Vid., a modo de ejemplo de la jurisprudencia mencionada STS 4567/2013, STS 720/2018, STS 3232/2018, STS 3797/2020, STS 17/2020, STS 18/2020, STS 670/2021

4.1.2 Responsabilidad de la entidad bancaria que percibe las cantidades anticipadas por el adquirente en una cuenta corriente.

La obligación de ingresar las cantidades anticipadas en una cuenta corriente especial es una de las medidas en las que se asienta el sistema tuitivo del adquirente de vivienda en construcción con entrega de cantidades anticipadas.

La Disposición Adicional Primera 1. b) de la LOE establece que el promotor debe depositar los anticipos recibidos a cuenta del precio de la vivienda en una cuenta especial en una entidad de crédito. Y sobre la responsabilidad de esta última añade lo siguiente: *“Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”* Lo que se está fijando entonces es que las entidades de crédito donde se encuentran dichas cuentas no son un mero instrumento para el depósito, si no que tienen un deber de vigilancia⁶⁹.

Supone la “última red” de protección del adquirente para poder recuperar los anticipos a cuenta del precio, ya que podrá reclamarlas a la entidad donde las depositó ante la insuficiencia patrimonial del promotor o al no haberse constituido el aval o seguro de caución si dicha entidad de crédito no exigió las garantías anteriores para abrir la cuenta corriente especial. En el caso de que el vendedor o promotor sea declarado en concurso su crédito por las cantidades anticipadas formaría parte de la masa pasiva del concurso. Sin embargo, con la responsabilidad de la entidad bancaria donde se depositan los anticipos, en los casos pertinentes, le podrá reclamar el comprador a ésta salvando el acudir al concurso⁷⁰.

La responsabilidad que se establece para la entidad bancaria en este supuesto se circunscribe:

⁶⁹ STS 5263/2015 de 21 de diciembre de 2015. La responsabilidad que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 (...) supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor

⁷⁰ Vid DÍAZ TEIJEIRO, C. M. (2019, vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, pág. 1-34. Op. cit., pág. 6

- (i) A la no exigencia del banco al promotor de la apertura y depósito de las cantidades anticipadas en una cuenta especial y con separación de otros fondos que pudiera tener en dicho banco.
- (ii) A la no exigencia por parte del banco al promotor de que acredite que ha constituido las garantías obligatorias, ya sea seguro de caución o aval solidario.

En este tenor se manifestó la STS 5263/2015 de 21 de diciembre de 2015, donde la controversia consistía en establecer el alcance de la responsabilidad de la entidad de crédito de exigir las garantías de aval solidario y seguro de caución. El tribunal entendió que deberá devolver todas las cantidades ingresadas por el adquirente al promotor cuando no hubiera comprobado que existen las garantías y obligado a que la apertura sea de cuenta especial⁷¹.

El tema de la responsabilidad de las entidades de crédito por la percepción de cantidades anticipadas se ha ido concretando en vía jurisprudencial por el Tribunal Supremo. Y como ha extraído DIAZ TEJEIRO⁷², las entidades no responden de todos los incumplimientos de devolución ya que no son ni avalistas ni aseguradores y, por lo tanto, quedan a salvo de las reclamaciones en los siguientes casos:

1. Cuando no es aplicable la protección de la ley 57/1968. Esto ocurre si la entidad bancaria no percibe las cantidades anticipadas y solamente financia la promoción inmobiliaria como se recoge en la STS 426/2015. Y también cuando el comprador es un profesional del sector inmobiliario y el uso es especulativo y no residencial como se menciona en la STS 4052/2016 y STS 5104/2016.
2. Cuando los adquirentes no realizan los ingresos en la cuenta corriente especial estipulada contractualmente para ello, habiendo sido informados por

⁷¹ El contenido de la STS 5263/2015 de 21 de diciembre de 2015: “«las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad”

⁷² DÍAZ TEJEIRO, C. M. (2019, vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, pág. 1-34.

la entidad de crédito de la necesidad de hacerlo en la cuenta correspondiente y siguiendo el deber de vigilancia del promotor⁷³.

3. Cuando el banco depositario no tiene la posibilidad de conocer que los ingresos que se están depositando son cantidades anticipadas para la compraventa de viviendas en construcción.

Atendiendo a lo indicado se deduce que la responsabilidad no es “*a todo trance*”⁷⁴ como un avalista o asegurador. Para que la entidad sea responsable es necesario que tuviera la posibilidad de conocer que los depósitos que se hacían en la cuenta eran anticipos a la promotora por la vivienda en construcción. Pero a la hora de valorar si tuvo esa posibilidad es necesario tener en cuenta que, a la entidad bancaria, como persona jurídica profesional en su ámbito, se le exige la diligencia de un experto comerciante y no la del buen *pater familias*.

Entonces surge la cuestión sobre si esta diligencia especial implica que son responsables las entidades de crédito que admiten efectos cambiarios que entrega el adquirente como anticipo del pago de la vivienda si el descuento no se ingresa en una cuenta especial. El Tribunal Supremo entiende que esto no genera responsabilidad para la entidad de crédito teniendo en cuenta las características de estos efectos.

En cuanto a las cantidades objeto de restitución, según estipula la Disposición Adicional Primera de la LOE siguiendo el régimen anterior de la Ley 57/1968 son todas las cantidades efectivamente depositadas y el interés correspondiente, que antes era del seis por ciento y actualmente el interés legal.

Este interés es remuneratorio lo que implica que los intereses comienzan a devengarse desde su entrega al vendedor, que es el momento en el que se depositan en la cuenta corriente especial, y no desde la resolución del contrato o la reclamación de restitución⁷⁵.

⁷³ Es el caso de la STS 3232/2018

⁷⁴ Expresión utilizada en la STS 5104/2016

⁷⁵ DÍAZ TEIJEIRO, C. M. (2019, vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, pág. 1-34. Pág. 20

4.1.3 Naturaleza de la responsabilidad de la entidad bancaria que percibe las cantidades anticipadas por el adquirente en una cuenta corriente.

La naturaleza de la responsabilidad de las entidades de crédito receptoras de los anticipos es un aspecto con gran trascendencia ya que no sólo supone un aspecto teórico de clasificación inocuo. El poder predicar la existencia de la subrogación o acción de regreso de las entidades bancarias contra los proveedores, está íntimamente ligada con la naturaleza configurada de esta responsabilidad.

En la STS 5263/2015 de 21 de diciembre, anteriormente mencionada, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre esta cuestión. En primer lugar, descarta el carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor y en segundo lugar indica que el deber de vigilancia sobre la apertura de la cuenta especial es una obligación legal cuyo incumplimiento supone la responsabilidad específica del art. 1-2ª de la Ley 57/1968. Es entonces cuando surge una cuestión de si es una responsabilidad extracontractual o hay que aplicar la responsabilidad contractual⁷⁶.

Como ya apuntó el Tribunal en la STS de 24 de julio de 1969⁷⁷ la responsabilidad contractual se da si entre las partes hay un contrato o una relación contractual y los daños se deben al incumplimiento de lo pactado en el contrato. Y se da la responsabilidad extracontractual cuando el daño está causado por la infracción de deberes generales de conducta derivada, al margen de las obligaciones entre las partes.

La STS 426/2015 confirma que no se puede entender este tipo de responsabilidad como una responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC⁷⁸:

⁷⁶ DÍAZ TEIJEIRO, C. M. (2019 , vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, op. cit. pág 25

⁷⁷ Esta sentencia se destaca por GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) 203-214 / ISSN: 1133-3677, 203 - 214.

⁷⁸ Art. 1902 CC: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

“En el presente caso, el artículo 1.1 de la Ley de 27 julio 1968 impone una conducta que si no se observa, como omisión –hecho jurídico– hace incurrir en responsabilidad. Si una entidad no cumple el mandato imperativo de dicha ley, está incumpliendo una obligación que le imponía la ley” “en modo alguno se puede afirmar que se trata de responsabilidad por acto ilícito, conforme al artículo 1902 del Código civil que está fuera de toda relación obligacional con los perjudicados. Estos, como deudores, se fundan en el negocio jurídico inicial y en el incumplimiento de la obligación que impone la ley en relación con el mismo”.

Para algunos autores se estaría ante una responsabilidad contractual, es el caso de DIAZ TEJEIRO⁷⁹ para el cual *“cabe afirmar que el artículo 1.101 CC prevé las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación previamente constituida, con independencia de cuál sea su fuente”*. Según este razonamiento este artículo recoge una responsabilidad más genérica sobre las obligaciones que la contractual, pero se sigue empleando la denominación de “responsabilidad contractual” porque normalmente el incumplimiento alude a obligaciones que se han generado por un contrato.

Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta responsabilidad de la entidad bancaria no es posible afirmar que sea una responsabilidad contractual. Y esto es porque la responsabilidad del art. 1101 CC implica que tiene que haber daños por el incumplimiento, mientras que la responsabilidad que se configura para la entidad de crédito obliga a la restitución de las cantidades adelantadas, que no es una indemnización del daño.

Lo que cabe deducir de esto es que se trata de una responsabilidad legal que va configurando la jurisprudencia. La responsabilidad del banco se origina con la inobservancia de la obligación de vigilancia que le impone la ley. Esta surge cuando media culpa del banco, ya que, si no pudo saber que se trataban de depósitos de anticipos para la compraventa de vivienda no se le puede reclamar la restitución de los anticipos.

⁷⁹ DÍAZ TEJEIRO, C. M. (2019, vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, op. cit. pág 28

La implicación práctica de esta definición se plasma, por ejemplo, en la prescripción de esta responsabilidad legal. Si fuera una responsabilidad extracontractual por el art. 1902 CC la acción para que responda la entidad bancaria caduca en un año en virtud del art. 1968.2º CC⁸⁰. Sin embargo, como es una responsabilidad legal y en la ley 57/1968 no se especifica este aspecto se acude al régimen general para las acciones personales del art 1964CC. El plazo de prescripción es de 15 años.

También hay que mencionar que se trata de una responsabilidad solidaria impuesta por la ley pudiendo ser impropia, ya que la obligación no tiene el mismo fundamento jurídico, si no diferentes actos o contratos. Igualmente supone que el adquirente puede reclamar a cualquier obligado la deuda en su integridad, pero teniendo en cuenta las especialidades que se contienen en la ley.

Se trata de una solidaridad en función de garantía ya que *“La ley interpone a un avalista o asegurador en previsión de la posible insolvencia del promotor-vendedor; y, para los casos en los que no ha llegado a formalizarse esta garantía legal, la jurisprudencia ha optado por yuxtaponer, junto al promotor-vendedor, al banco que incumplió su obligación de control. De esta manera, los tribunales se aseguran que el comprador pueda dirigir su pretensión de restitución contra un patrimonio solvente.”* (DÍAZ TEIJEIRO, 2019 , vol. VI, núm. 3)

4.2 La posible acción de regreso y subrogación.

Como ha sido objeto de estudio en el presente trabajo la LOE, en base a la ley 57/1968, ha establecido sistema preventivo de protección para el comprador de vivienda en construcción que entrega cantidades a cuenta para su adquisición. Y también de cómo se ha protegido al adquirente de la pérdida de estos adelantos, mediante la obligación de constituir garantías para el caso de que el promotor no cumpla con la entrega en tiempo y forma, y responsabilidades para las entidades de crédito donde se abrió la cuenta corriente especial por incumplimiento de su deber de vigilancia al promotor.

⁸⁰ Art. 1968.2º CC: Prescriben por el transcurso de un año: 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.

Cabe recordar en este punto que la obligación del promotor que se garantiza no es la construcción y entrega de la vivienda en el plazo contractualmente establecido, si no la devolución de los adelantos entregados a cuenta del precio. Pero entonces si la entidad de crédito procede a reintegrar al adquirente las cantidades ante el incumplimiento del promotor cabe preguntarse: ¿la entidad de crédito avalista, con el pago, se subroga en los derechos del adquirente y tiene una acción de regreso contra el promotor o vendedor? ¿y la entidad de crédito que no mantuvo el deber de vigilancia de la promotora con respecto a la cuenta especial y la aplicación de los adelantos?

Lo primero que hay que tener en cuenta es que en todos los casos en los que debe responder la entidad de crédito lo que sucede es que el obligado principal a la devolución de los anticipos, que es el promotor, resulta insolvente. Por ello debe responder la entidad de crédito avalista como garante o la entidad de crédito depositaria en caso de que no se hubieran otorgado las garantías. Es por esto que la acción de regreso va a tener sentido si la promotora que incumplió el construir o iniciar las obras en el plazo establecido e incumplió también la devolución de las cantidades anticipadas resulta de nuevo solvente.

En segundo lugar, hay que mencionar que la acción de regreso es una acción que se otorga a quien ha cumplido una obligación, de la cual otro debía responder, para dirigirse contra ese obligado y que le reintegre las cantidades abonadas.

4.2.1 La acción de regreso y subrogación de la entidad de crédito avalista

Como se ha aludido en el apartado referido al seguro de caución, la LOE recoge para éste la subrogación en su letra j) de la Disposición Adicional Primera: “*El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos*”. Esto se debía interpretar como una subrogación y no un derecho de reclamación en virtud de la especialidad que supone la LOE frente a la LCS.

Sin embargo, y pese a que pareciera que el legislador pretende establecer un régimen equivalente para el aval y el seguro de caución, no contempla ni la subrogación del avalista en los derechos del adquirente ni la prohibición de

enajenación de la vivienda sin la restitución al avalista de las cantidades satisfechas al adquirente.

Al no encontrar en la legislación sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ni en la LOE modificada por la ley 20/2015, ni en la redacción original de la LOE en 1999, ni en el régimen base de la ley 57/1968 habrá que acudir al derecho supletorio. Al no establecer la propia ley especial un derecho supletorio al respecto debe aplicarse el Código Civil en virtud del art. 4.3 CC⁸¹.

Como ya se mencionó al respecto de la responsabilidad de la entidad de crédito como avalista, el aval es un contrato de fianza y por ello le es aplicable supletoriamente el régimen de la misma de los arts. 1822 y ss CC. Esto queda también confirmado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando en la STS 3012/2017 al hipotetizar sobre una entidad de crédito avalista en el marco de compraventa con cantidades anticipadas se acude a la regulación civil de la fianza.

Sobre la subrogación del fiador el art.1839 CC recoge lo siguiente: *“El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor. Si ha transigido con el acreedor, no puede pedir al deudor más de lo que realmente haya pagado.”* Y en el caso de que por alguna causa, como posibles pactos entre el adquirente y el promotor, no pueda subrogarse en los derechos del adquirente va a quedar liberado de su obligación⁸².

Y por último hay que tener también en cuenta el fundamento jurídico tercero de la STS 3251/2002: *“el art. 1852 CC, tratan de evitar de que por cualquier medio (...) se perjudique el fiador de tal manera que el mismo sea el que acabe pagando una deuda ajena, sin posibilidad de reembolsarse lo por ella efectivamente pagado, si bien siempre será preferente y deberá atenderse principalmente al cumplimiento de la obligación afianzada, de ahí que la imposibilidad en la subrogación a la que se refiere el art. 1852 CC no comprende la que se deriva del cumplimiento de la obligación que garantiza y a la que se halla subordinada”.*

⁸¹ Art. 4.3 CC: las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes

⁸² Vid art 1852 CC

Con este artículo aplicable a la fianza, la falta de regulación al respecto y teniendo en cuenta el ánimo del legislador sobre el régimen equivalente del aval solidario y el seguro de caución se puede concluir que la entidad de crédito avalista de la promotora se va a poder dirigir contra la misma para que le reintegre las cantidades entregadas. La entidad de crédito entonces se va a subrogar en los derechos que tenía el adquirente de la vivienda en construcción que había entregado las cantidades a cuenta del precio a la promotora y por tanto adquiere el derecho a que se le reembolsen.

4.2.2 Subrogación y acción de regreso de la entidad de crédito perceptora de las cantidades anticipadas.

Sobre la posibilidad de reclamar las cantidades que ha satisfecho la entidad de crédito al adquirente por la responsabilidad como entidad depositaria en cuenta especial de las cantidades anticipadas tampoco hay mención alguna en la legislación vigente ni en la anterior.

Ya se ha citado en el apartado anterior que la obligación que debe cumplir la entidad de crédito depositaria de los anticipos es un deber de vigilancia con la diligencia de un ordenado empresario. Esta consiste en no abrir una cuenta corriente para el ingreso de las cantidades a cuenta sin comprobar que la promotora ha constituido las exigidas legalmente, ni permitir el depósito de los adelantos (si conoce su condición) en una cuenta ordinaria del promotor. Y como se concluyó se trata de una responsabilidad legal y solidaria que va configurando la jurisprudencia.

Por lo tanto, para poder afirmar que existe una acción de regreso para la entidad de crédito hay que buscarle al mismo un fundamento, pues no existiría éste si la deuda es propia, es decir resultante de la obligación legal que establece la Ley.

La primera de las fuentes legales de la acción de regreso de la entidad bancaria sería la acción de reembolso del art. 1838 CC que indica que el deudor debe indemnizar al fiador que paga por él. Sin embargo, como ya aludió la STS 1720/2019 “*la responsabilidad de la entidad avalista no es la que incumbe como depositaria a la entidad de crédito no avalista*”.

No se trataría en este caso de una responsabilidad derivada de la garantía de las cantidades anticipadas mediante aval, y por lo tanto no sería aplicable el régimen de subrogación y regreso de la fianza.

Otra fuente legal en la que buscar fundamento para la acción de regreso es la aplicación de las reglas de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno. Este es el ámbito de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 y ss CC y el art. 1904 CC recoge que *“el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”*. Este sería el fundamento para reconocer una acción de regreso del banco contra el adquirente.

Sin embargo, y como ya se estableció en la STS 426/2015, la responsabilidad de la entidad de crédito receptora de los anticipos no es una responsabilidad extracontractual. La entidad de crédito tiene un deber de vigilancia que si no se cumple hace nacer su responsabilidad, y este deber de vigilancia viene impuesto por la propia ley fundada en el negocio jurídico inicial, de ahí que se entienda que es una responsabilidad legal. No se puede afirmar entonces que es una responsabilidad por acto ilícito del art. 1902 CC que está fuera de toda relación obligacional con los perjudicados. Entonces cabe concluir que no sería aplicable el regreso fundado en el art. 1904 CC.

También se pueden encontrar los arts. 1209 y 1210 CC como fuente legal para la acción de regreso, en este caso es la acción subrogatoria. El primero de estos artículos comienza por predicar que la subrogación en los derechos del acreedor solo se presume cuando si el Código Civil así lo menciona expresamente o cuando quede establecida con claridad.

Sin embargo, en el art. 1210 CC se admiten una serie de casos para los cuales se podría presumir que hay subrogación. De los tres recogidos en el mismo este caso puede encontrar encaje en el segundo, *“cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor”*. El Tribunal Supremo ya interpretó⁸³ que las entidades de crédito depositarias no eran terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor porque tienen un deber de vigilancia. Sin embargo, pudiera entenderse que realmente en el contrato de compraventa que genera la obligación es un tercero que no tiene ningún interés

⁸³ Así se recoge en la STS 5263/2015 de 21 de diciembre de 2015

en el mismo y que, a lo que se refiere el Tribunal es a poder predicar el deber de vigilancia. Entonces sí que podría afirmarse que se dan los requisitos para presumir que hay subrogación, ya que se entiende que hay una aprobación tácita cuando se abre la cuenta corriente en la entidad de crédito y se aporta el número de cuenta a los adquirentes para que ingresen en la misma los anticipos.

Afirmada la solidaridad impropia de la responsabilidad, ya que el banco es condenado solidariamente con el promotor, cabe también referirse, como fuente legal de la acción de regreso, al art. 1145 CC. Este artículo recoge que el pago que realiza uno de los deudores solidarios provoca la extinción de la obligación y le da derecho a reclamar a su codeudor la parte que le correspondía junto con los intereses.

Como se ha aludido, no hay aún jurisprudencia aplicable a esta responsabilidad que puede surgir para el banco depositante de las cantidades entregada a cuenta del precio de la vivienda en construcción. Queda por ver por cuál de las vías posibles dentro de las fuentes legales acaba recogiendo el Alto Tribunal como fundamento para la acción de regreso. Si bien es cierto que se trata de un tema que no ha sido aludido con frecuencia ya que la acción de regreso tiene sentido si la promotora pasa de nuevo a ser solvente.

5. CONCLUSIONES

I.

La alarma ante los abusos de las promotoras que exigían cantidades anticipadas para la compraventa de vivienda y su posición dominante en los contratos motivó ya en 1968 una regulación tuitiva del comprador que ha sido la base de la legislación actual. También supuso un adelanto normativo dado que se basa en principios que serán luego rectores por la Constitución de 1978 e incluso adelantó aspectos de la legislación de defensa de los consumidores al observar la importancia de la información precontractual que pueden recibir los consumidores y como afecta ésta a la formación de la voluntad.

II.

La legislación actual, pese a que en la motivación de la ley 2015 se ponía como objetivo el avance en la protección al adquirente, ha retrocedido precisamente en este sistema tuitivo conformado ya 47 años antes. Ejemplos de esto es que cantidades que se entreguen antes de la concesión no tienen la obligación de estar garantizadas, que se suprime la póliza colectiva, que se elimine la mención sobre el carácter irrenunciable de estos derechos, que no sean indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado o que se elimine la consideración como títulos ejecutivos extrajudiciales del aval y el seguro de caución individual.

III.

Es de gran importancia la coherencia y la precisión a la hora de redactar las leyes para establecer un sistema compacto al respecto de la materia. Y cuando esto falla el trabajo jurisprudencial del Tribunal Supremo es esencial para que, mediante la interpretación, estas incoherencias sean eliminadas y el adquirente no quede desprotegido.

Gracias a su jurisprudencia se han mantenido aspectos eliminados en la reforma de 2015, como la imperatividad de la normativa, la póliza o aval colectivo como garantía a falta de uno individual, la extensión a los administradores sociales la responsabilidad de la entidad promotora, o que el aval y el seguro cubrirá

siempre el total de las cantidades anticipadas aun cuando estas superen el límite máximo recogido en el aval o póliza de seguro.

IV.

Pareciera que la intención del legislador es instaurar un sistema de garantías donde el aval solidario y el seguro de caución sean análogos. Sin embargo, se esmera mucho más en constituir el régimen del seguro de caución que el del aval, que es bastante escueto, y aparecen diferencias importantes.

No establece plazo de caducidad para el seguro de caución manteniendo la controversia existente sobre la aplicación de la caducidad civil o la recogida en la LCS, mientras que en el aval lo fija en dos años. Recoge el derecho de subrogación para la aseguradora y protege este derecho prohibiendo al promotor que enajene la vivienda sin haberle restituido las cantidades que tuvo que pagar al adquirente, y guarda silencio sobre si este mismo derecho lo tiene el avalista.

V.

Los derechos que se otorgan al adquirente en virtud de la Disposición Adicional Primera de la LOE son irrenunciables y no se podrán establecer pactos que los supriman o restrinjan. A pesar de que la mención de irrenunciables ha sido eliminada, mientras que sí se recogía en la ley 57/1968, se debe seguir entendiendo que son irrenunciables por coherencia con la propia LOE que insta una garantía mínima que se deben cumplir. Además de que una ley no necesita mencionar su carácter imperativo para serlo.

Sin embargo, sí que se pueden establecer pactos que, manteniendo los derechos, reduzcan el *quantum* de los anticipos a reintegrar, y por lo tanto cabe la transacción sobre las cantidades.

VI.

La entidad de crédito donde se abre la cuenta corriente especial en la que se van a depositar las cantidades anticipadas para la compraventa de la vivienda en construcción tiene un deber de vigilancia sobre la promotora. La inobservancia de este deber, teniendo en cuenta su deber de diligencia de ordenado empresario, hace surgir para la misma la responsabilidad de restituir al

adquirente todas las cantidades efectivamente depositadas y el interés correspondiente, que antes era del seis por ciento y actualmente el interés legal.

Sin embargo, esta responsabilidad no es a “*a todo trance*”. No responde la entidad de crédito cuando no es aplicable la protección de la ley 57/1968, cuando los adquirentes no realizan los ingresos en la cuenta corriente especial estipulada contractualmente para ello, habiendo sido informados, y cuando el banco no tiene la posibilidad de conocer que los depósitos en la cuenta especial son cantidades anticipadas para la compraventa de viviendas en construcción.

No se encuentra mención en la ley ni en la jurisprudencia sobre la posibilidad de una acción de regreso de la entidad de crédito contra el promotor. Hay diversas fuentes legales que pueden servir como base para afirmar su existencia, pero para su aplicación ha de tenerse en cuenta que se trata de una responsabilidad legal y solidaria.

VII.

A la entidad de crédito avalista se le aplica, en lo que no queda regulado en la LOE modificada por la ley 20/2015, el régimen civil supletorio en materia de fianza del art. 1822 y ss CC. Y en virtud del articulado al respecto tiene un derecho de subrogación para reclamarle al promotor las cantidades restituidas al comprador por su incumplimiento.

Es un derecho que no puede ser perjudicado por pactos que establezcan el promotor y el adquirente y que impidan llevar al efecto la subrogación quedando en ese caso liberado de su obligación de restituir al adquirente.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALMARCHA JAIME, J. (2015). Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reasegurad. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco.
- CARRASCO PERERA, A. (2015). Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda. *Centro de Estudios de Consumo*, www.uclm.es/centro/cesco.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2017). *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*. Madrid: Reus.
- DÍAZ TEIJEIRO, C. M. (2019 , vol. VI, núm. 3). La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda. *Revista de Derecho Civil*, pág. 1-34.
- DÍEZ ARNÁIZ, M. (2017). Protección del consumidor en la compraventa de vivienda: especial referencia a las cláusulas abusivas. *REDUR Nº15*, pp. 123-154.
- DOMINGUEZ ROMERO, J. (2011). *La recuperación de las cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*. Valencia: Tirant lo blanch.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2017). *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERÁNDEZ Y BALDOMERO, E. (2015). *Tesis doctoral. La problemática de las garantías emitidas en cumplimiento de la normativa reguladora de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*. GRANADA: Universidad de Granada.
- GALLEGO DOMINGUEZ, I. (2015). "Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999 reformada por la Ley20/2015". *Revista de Derecho Privado nº6*.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas . *Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI (2013) 203-214 / ISSN: 1133-3677, 203 - 214*.
- MARTÍNEZ CATALÁ, R. (2015). *Tesis doctoral. Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*. Valencia: Universidad de Valencia.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I. (2007-II,). EL AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA. *RJUAM, nº 16*, pp. 209-221.
- PÉREZ CALVO, I. (s.f.). *El Seguro de Caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual*. Obtenido de https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/ignacio_perez_52.pdf
- SILLERO CROVETTO, B. (2016). Protección del comprador de vivienda. *Revista de Derecho Civil, vol. III, núm. 3* , pp. 49-92. Obtenido de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

7. TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

FECHA	ÓRGANO	NÚM. RESOLUCIÓN	ROJ
08/05/2002	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	409/2002	STS 3251/2002
03/07/2013	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	476/2013	STS 4567/2013
13/09/2013	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	540/2013	STS 4496/2013
23/05/2014	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	242/2014	STS 2037/2014
07/05/2014	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	218/2014	STS 2391/2014
16/01/2015	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil		STS 426/2015
20/01/2015	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	778/2014	STS 429/2015
09/09/2015	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	486/2015	STS 3748/2015
23/09/2015	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	322/2015	STS 3870/2015
21/12/2015	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	733/2015	STS 5263/2015
3/03/2016	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	131/2016	STS 959/2016
20/05/2016	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	336/2016	STS 2298/2016
12/09/2016	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	527/2016	STS 4052/2016
24/10/2016	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	626/2016	STS 4645/2016
16/11/2016	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	675/2016	STS 5104/2016
18/07/2017	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	459/2017	STS 3012/2017
14/9/2017	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	502/2017	STS 3280/2017
23/11/2017	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	636/2017	STS 4115/2017
28/02/2018	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	102/2018	STS 720/2018
19/09/2018	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	503/2018	STS 3232/2018
05/06/2019	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	320/2019	STS 1796/2019
28/05/2019	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	298/2019	STS 1720/2019
08/01/2020	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	6/2020	STS 17/2020
08/01/2020	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	8/2020	STS 18/2020
18/11/2020	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	621/2020	STS 3797/2020
22/02/2021	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil	94/2021	STS 670/2021