

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Análisis jurisprudencial de la compraventa de viviendas en construcción

## *Jurisprudential analysis of the sale of homes under construction*

por

ROSANA PÉREZ GURREA

*Abogada y profesora del Máster de acceso a la abogacía de la Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** En este trabajo analizamos la compraventa de viviendas en construcción, su naturaleza jurídica, las garantías exigibles antes de la adquisición de la vivienda así como la jurisprudencia del TS sentada en esta materia con especial referencia a la STS de 21 de diciembre de 2015 que fija doctrina jurisprudencial señalando que en las compraventas de viviendas en construcción, los bancos donde la promotora deposita el dinero de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, son responsables de la devolución del mismo, si el piso no se llega a construir o entregar en plazo legal y el promotor no ha avalado o asegurado estas cantidades.

**ABSTRACT:** *This paper analyses the problems concerning the sale of homes under construction, its legal nature, the guarantees required before the purchase of the house and the jurisprudence sitting in this area with special reference to the Sentence of 21 December 2015 which says that in the sale of homes under, the banks are liable for repayment of amounts paid on account by buyers, if the house does not get to build or deliver in legal term and the developer has not guaranteed or insured these amounts.*

**PALABRAS CLAVE:** Compraventa de vivienda en construcción. Vivienda sobre plano. Seguro. Aval. Devolución de cantidades. Responsabilidad solidaria de los bancos y de las promotoras.

**KEY WORDS:** *Purchase of homes under construction. Housing plan. Insurance. Guarantee. Repayment of amounts. Joint responsibility of the banks and developers.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA.—II. COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y NORMATIVA JURÍDICA. 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN. 3. GARANTÍAS EXIGIBLES ANTES DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.—III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. SENTENCIA DEL TS DE 7 DE MAYO DE 2014. 2. SENTENCIA DEL

TS DE 13 DE ENERO DE 2015. 3. SENTENCIA DEL TS DE 30 DE ABRIL DE 2015. 4. SENTENCIA DEL TS DE 21 DE DICIEMBRE DE 2015.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

La adquisición de la vivienda en un ámbito ajeno al profesional es la operación de consumo por excelencia, aunque solo sea porque constituye, en la gran mayoría de los casos, una de las inversiones más importantes que el consumidor va a realizar a lo largo de su vida. A pesar de ello, el Real Decreto 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, no refunde ni armoniza la normativa inmobiliaria. Las razones son varias: la vivienda es un bien de consumo final cuando no se adquiere con un propósito relacionado con la actividad empresarial o profesional, aún cuando no se habite en ella de forma habitual. Además incluso en los casos, que aparecían más dudosos antes de la modificación en el concepto de consumidor llevado a cabo posteriormente en el propio TRLGDCU, la cuestión de la caracterización del adquirente como consumidor es a menudo irrelevante, porque en el sector de la vivienda se ha producido un fenómeno caracterizado porque la clientela en general, con independencia del destino final para el que se contrata, es objeto de una especial protección (garantías por las cantidades entregadas a cuenta, por daños a las edificaciones, normas de transparencia e información, etc.).

Por su parte, el RD 515/1989 sobre información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas, contiene en desarrollo del artículo 10 LGDCU y de la lista de cláusulas abusivas de su Disposición Adicional Primera, algunas normas de protección material del comprador, que prohíben la inclusión de determinadas cláusulas como parte del contrato o asignan directamente al promotor obligaciones contractuales de las que no puede exonerarse por pacto en contrario. Las disposiciones contenidas en este RD 515/89 son de aplicación supletoria a las del Código Civil que han asumido competencia plena en materia de protección de los consumidores, salvedad hecha de los artículos 3.2 (equivalente al art. 61 TRLGDCU) y 10 (arts. 82 y sigs. TRLGDCU) que se consideran comprendidos en la competencia estatal exclusiva sobre derecho civil (DA Segunda RD 515/89 y DF Primera Real Decreto Legislativo 1/2007).

Las cláusulas de los contratos de compraventa y alquiler que no hayan sido negociadas individualmente, deberán constar con la debida claridad y sencillez, sin hacer referencia a documentos que no se hayan tenido en cuenta previa o simultáneamente a la celebración del contrato y, a los que en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. Las cláusulas deberán cumplir con los requisitos de accesibilidad y legibilidad, de manera que permitan al consumidor conocer la existencia y contenido del contrato y, han de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Estos requisitos no se aplican solo las condiciones generales de la contratación<sup>1</sup>, sino a toda cláusula contenida en un contrato entre un empresario y un consumidor que no haya sido negociada individualmente, correspondiendo al empresario la carga de la prueba de dicha negociación individual. Los contratos que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además a la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación *ex*

artículo 59.3 TRLGDCU. Respecto de las condiciones generales de la contratación propiamente dichas, el artículo 5.1 LCGC además de exigir que su redacción se ajuste a los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» con los efectos previstos en el artículo 7-b LCGC relativos a la no incorporación al contrato de la cláusula en cuestión, impone que se haga referencia a su existencia en el contrato firmado por todas las partes y que se facilite al adherente un ejemplar de las mismas. Por lo tanto, no llegan a formar parte del contrato las que no hayan sido entregadas físicamente al consumidor, aunque hayan estado a su disposición en el establecimiento del promotor en cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 a 8 del RD 515/1989, ni tampoco las condiciones generales que le hayan sido entregadas al consumidor después de la celebración del contrato.

Estos requisitos han de cumplirse en cualquier contrato de transmisión del derecho sobre inmuebles, con independencia de la condición de consumidor del adquirente. Como señala la jurisprudencia<sup>2</sup>, no puede declararse abusiva pero tampoco queda incorporada al contrato aunque la finalidad empresarial de la adquisición no quedase contradicha por el adquirente, la cláusula que impone a este el pago «de todos los demás gastos y tributos derivados de la escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y su inscripción en el Registro de la Propiedad», ya que su falta de concreción y claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que han de soportar los adquirentes.

Las condiciones beneficiosas para el consumidor, aunque se hayan ofrecido en cualquier momento del contrato o se haya hecho referencia a ellas de cualquier manera forman parte siempre de las obligaciones contractuales del promotor (art. 61.3 TRLGDCU y STS 30/6/1997 que impide prescindir del carácter publicitario de los folletos promocionales<sup>3</sup>).

## II. COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y NORMATIVA JURÍDICA

En el mercado inmobiliario actual suele ser frecuente comprar la vivienda sobre plano y, por tanto pendiente su construcción. Ello resulta especialmente complejo en lo respecta a su naturaleza jurídica, ya que por un lado existe una obligación de hacer, la del constructor en efectuar la obra, pero al mismo tiempo también existe una obligación de dar, ya que en definitiva lo que se está celebrando es un contrato de compraventa.

Se refleja incluso en la formalización del contrato, ya que en primer lugar se suscribe un contrato privado, donde se recogen la ejecución de la obra, la entrega del piso y los pagos fraccionados que debe efectuar el comprador durante todo el proceso que dura la construcción y, en segundo lugar y cuando la misma está ya totalmente terminada, se formalizará la escritura pública de compraventa.

Precisamente porque estamos en presencia de la adquisición de algo inexistente, resultan tan importantes las garantías que amparan la adquisición en el momento de prestar su consentimiento el consumidor. Resulta fundamental que la oferta, incluida la publicitaria tenga carácter vinculante para el promotor-vendedor así como la regulación legal detallada del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Las cantidades entregadas a cuenta del precio durante la construcción se encontraban reguladas en la Ley 57/1968 hasta que ha sido derogada por la

letra a) de la disposición derogatoria tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Esta Disposición Transitoria tercera ha sido introducida por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Las novedades a destacar respecto a la regulación contenida en la Ley 57/1968 son las siguientes:

1. La obligación de garantizar, será desde la obtención de la licencia de edificación y la garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.

2. Se fijan los requisitos que deben cumplir las garantías, tanto si se ha contratado un seguro de caución como si se opta por un aval.

En el primer caso, la duración del seguro no puede ser inferior a la fecha de la construcción y entrega de la vivienda; si se concede una prórroga para la entrega de la vivienda, se puede prorrogar el seguro por el promotor, debiendo informar al asegurado; si la construcción no llega a buen fin en plazo, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades y, si este no procede a su devolución en el plazo de 30 días, se podrá reclamar al asegurador; el asegurador debe indemnizar en el plazo de 30 días desde la reclamación; si el asegurador ha satisfecho la indemnización, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad asegurada por la cantidad indemnizada.

Si se opta por un aval, este se debe emitir y mantener en vigor por la totalidad de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega del anticipo hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda.

Si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en plazo, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades y si este no procede a su devolución en el plazo de 30 días, se podrá reclamar al avalista la devolución. Si pasan dos años desde el incumplimiento del promotor de la obligación garantizada sin que se haya requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y devolución de las cantidades, se producirá la caducidad del aval.

3. No se establece el carácter ejecutivo del aval o el contrato de seguro, que se determinaba anteriormente en el artículo 3 de la Ley 57/1968.

4. En cuanto a la cancelación de la garantía, la misma se producirá, además con la expedición de la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la acreditación de la entrega de la vivienda al adquirente, cuando cumplidas esas condiciones, el adquirente rehusara recibir la vivienda.

5. Se determina que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto tanto general como autonómica y sin perjuicio de las competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. El incumplimiento de la obligación de constituir la garantía dará lugar a una sanción de hasta el 25% de las cantidades que han de ser aseguradas y, además se impondrán al promotor, las infracciones y sanciones que puedan corresponderle conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.

Esta nueva norma, en sus aspectos generales, supone una continuación de lo dispuesto en la Ley 57/1968, siendo lo más destacable que la obligación de

garantizar será desde la obtención de la licencia de edificación; el que será necesario proceder a la reclamación previa al promotor para que posteriormente se pueda solicitar la devolución al asegurador o avalista y, sobre todo, lo que en mi opinión es lo más criticable: el hecho de que el aval quede caducado, si el adquirente no requiere al promotor para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación garantizada.

Esto significa que el comprador deberá tener mucho cuidado en relación a los plazos cuando solicite la devolución de las cantidades anticipadas, ya que si han transcurrido dos años desde la fecha de comienzo de las obras o de la entrega pactada, verá como la garantía está ya caducada y no podrá exigir el reembolso al avalista.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

Para que la vivienda futura tenga existencia o individualidad o para que el vendedor promotor pueda eficazmente disponer de ella, es necesario, en algunas ocasiones, que aquel realice una actividad previa consistente en construir, surgiendo así la dificultad de diferenciar el contrato de compraventa del de ejecución de obra con aportación de materiales por el contratista.

Son varias las posiciones mantenidas por la doctrina pero en esta cuestión seguiremos la indicada por los profesores Díez-PICAZO y GULLÓN. Estos autores entienden que se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de los contratantes, para averiguar si dieron especial importancia al trabajo a realizar sobre la materia objeto de aquel proceso, en cuyo caso el contrato será de obra. Sin embargo, también toman en consideración reglas de interpretación objetiva, como la naturaleza del objeto o como la creación o no de una nueva especie o la naturaleza principal o accesorio de los materiales.

Se trata de un contrato en el que la existencia de la obligación de hacer (construir), aunque preparatoria de la obligación de entregar la vivienda, conllevará la aplicación de algunas de las normas propias de los contratos de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa.

Esa naturaleza meramente preparatoria de la previa prestación de hacer explica que el incumplimiento de la misma se refleje en la de entregar. Si la cosa no llega a tener existencia, el vendedor no cumplirá su obligación de entrega y quedará sin causa la obligación recíproca del comprador de pagar el precio. Si la cosa es entregada, pero no reúne las características convenidas o exigibles, la entrega tampoco será liberatoria por falta de identidad entre lo prometido y ejecutado (art. 1166 del Código Civil) y permitirá al comprador exigir la entrega de otra cosa, según lo convenido, e incluso, un *facere* reparador para adecuar lo entregado a lo estipulado en el contrato.

Por nuestro Tribunal Supremo (SSTS DE 30 de septiembre de 1989, 13 de marzo de 1990, 18 de mayo de 1992 y 15 de febrero de 1994) se viene calificando este negocio jurídico como compraventa de cosa futura cuya posibilidad viene admitida por el artículo 1271 del Código Civil en el sentido de que la vivienda no existe en el momento mismo en que se crea la obligación, pero respecto de la cual hay seguridad o gran probabilidad de que llegará a existir.

En la primera de las sentencias referidas se considera definitivo para calificar de compraventa de cosa futura la vivienda en construcción: «*en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una*

vez que esta ha alcanzado existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega».

En ocasiones, el Tribunal Supremo califica este contrato con la modalidad de *emptio rei speratae* y así en la STS de 22 de marzo de 1993 declara que: «Fueron sendas compraventas de cosa futura (*emptio rei speratae*), cuya calificación corresponde (SSTS de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, 30 de octubre de 1989) a la de una vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, que deberá pagar, obviamente, el precio pactado».

Por otro lado, el contrato pertenece a la subespecie de aquellos en los que el vendedor asume la obligación preparatoria de construir o promover la construcción de la cosa a entregar. Así lo pone de manifiesto la STS de 1 de julio de 1992 al expresar: «Hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de despegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó que, por ello, no reviste naturaleza contractual». Ello lo convierte en un contrato complejo, como se expuso anteriormente, y lo somete a algunas normas propias del de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa.

### 3. GARANTÍAS EXIGIBLES ANTES DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA

El momento en que son exigibles estas garantías es el de los denominados tratos preliminares que comprenden los actos o series de actos que preceden o pueden preceder a la formación de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

Dentro de esta fase precontractual destaca la idea de que los términos de la oferta en sentido amplio, incluida la publicitaria, tienen carácter vinculante para el promotor-vendedor.

Así, el artículo 8.1 LGDCU expresa: «La oferta, promoción y publicidad de productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de los establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibidos».

En el artículo 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, también se expresa: «Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado». Es decir, que la campaña publicitaria de captación ha de ser veraz y no engañosa y, de otro lado, tiene carácter vinculante o contractual para el promotor aún cuando después no se refleje expresamente en el contrato.

En el caso de que la publicidad fuese engañosa (arts. 4 y 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad), el comprador afectado podrá ejercitar

las acciones de cesación y rectificación pertinentes, sin perjuicio de las acciones civiles que también puede ejercitar por incumplimiento contractual.

Sobre esta cuestión, en la STS de 21 de julio de 1993: *«obligación exclusiva de la promotora a finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1096, 1101, 1256 y 1257 del Código Civil y artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»*.

Para que el comprador pueda realizar una valoración correcta sobre las características físicas, económicas y jurídicas de la vivienda a adquirir se obliga al promotor a facilitar una información muy exhaustiva.

El adquirente de la vivienda es titular de un derecho a la información que se regula con el carácter de fundamental en el artículo 13.1 LGDCU cuando dice que: «Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...».

Este derecho a la información se desarrolla de una manera más detallada en el ámbito de la compraventa de viviendas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que hemos citado antes, en cuyo artículo 3.1 declara que: «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir al error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma» Con este precepto se vienen a determinar los fines de la información previa que deben facilitar los promotores a los interesados en la compraventa de viviendas, de un lado, debe ser veraz para que no pueda inducir a error a los compradores y, de otro lado, debe de ser completa. En el caso de que la información facilitada no sea veraz o sea incompleta de manera que el adquirente llega a hacerse una representación mental sobre la vivienda que va a adquirir que no coincide con la que realmente se le entrega, podría dar lugar a la anulación del contrato de compraventa por la concurrencia del error-vicio sobre las cualidades de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo *ex* artículo 1266 del Código Civil y, si se facilita de manera deliberada una información inveraz e incompleta, al margen de posibles responsabilidades penales al incurrir en tipos penales de fraude patrimonial, estaríamos en presencia del dolo como vicio de la voluntad (arts. 1269 y 1270 del Código Civil).

### III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

#### 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MAYO DE 2014

El aval por las cantidades a cuenta entregadas por el comprador es automáticamente exigible al banco en caso de incumplimiento del plazo de entrega pactado.

Una sentencia del TS de 7 de mayo de 2014 ha establecido como doctrina jurisprudencial que cuando se demande exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa.

Para llegar a esa conclusión ha señalado previamente que la regla del artículo 3 de la Ley 57/1968 es una norma de rescisión automática que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968, sin necesidad de examinar la causa de resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil.

Por ello, dado que el aval que garantiza para el comprador del inmueble las cantidades entregadas a cuenta al promotor, según el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968 se basa en un claro criterio objetivo (que «por cualquier causa» la construcción no se inicie o no llegue a buen fin), en caso de incumplimiento el avalista no puede oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil.

En consecuencia, una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no se puede entrar a valorar si la demora es excesiva o no, sino el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta.

#### *A) Los hechos*

El demandante en el caso compró sobre plano una vivienda a una promotora, en fecha 22 de septiembre de 2006.

La estipulación quinta del contrato fijaba la fecha de entrega en el segundo semestre de 2008, «salvo que medie justa causa». Las cantidades entregadas se garantizaron mediante aval, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 57/1968, con la caja demandada.

Se emitió el certificado final de obra el 29 de diciembre de 2008. La recepción del mismo por parte del Colegio de Arquitectos es de 19 de enero de 2009. La licencia de primera ocupación se solicitó el 9 de enero de 2009 y se concedió el 9 de marzo de 2009.

La fecha convenida para la entrega de la vivienda era el 31 de diciembre de 2008. El 2 de enero de 2009 se requirió de pago por el comprador a la entidad bancaria, con cargo al aval. El 10 de febrero de 2009 se requirió de resolución por el comprador a la vendedora por burofax. Tanto en primera como en segunda instancia se desestimó la demanda interpuesta por el comprador contra el banco avalista.

La sentencia recurrida entendió que se debía examinar la causa de la resolución entrando a analizar la intensidad del incumplimiento de la promotora (que en este caso no fue demandada), y se denegó la resolución al considerar que el retraso fue insuficiente, dado el escaso tiempo transcurrido entre el final de la obra y la obtención de la licencia de primera ocupación.

Interpuesto recurso de casación por el actor, el TS lo estima, de acuerdo con los siguientes fundamentos de derecho:

#### *B) LA SENTENCIA DEL TS*

«SEGUNDO. Motivo único.- Si el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio es una norma de rescisión automática distinta de la del artículo 1124 del Código Civil que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968 o por el contrario hay que examinar la causa de resolución *vía* artículo 1124 del Código Civil.



Se estima el motivo.

Por el recurrente se alegó que al reclamar el importe de las cantidades entregadas a cuenta al avalista, es suficiente con acreditar que no se ha cumplido el plazo de entrega de la vivienda adquirida, sin necesidad de examinar la causa de resolución (vía artículo 1124 del Código Civil) por lo que no sería necesario entrar a valorar si el incumplimiento de la promotora vendedora es grave o no y sin necesidad de razonar sobre la frustración o no de la finalidad contractual.

Esta Sala debe decidir, al pedirlo el recurrente, si transcurrido el plazo de entrega de una vivienda, adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, se puede entender que automáticamente puede reclamarse el importe al avalista, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o no, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato.

El recurrente plantea que se produce la apertura automática de la posibilidad de reclamar con cargo al aval al día siguiente de incumplido el plazo de entrega de la vivienda.

En base a ello el comprador y recurrente entiende que si la vivienda se hubo de entregar el 31 de diciembre de 2008, el importe del aval se podía exigir desde el 2 de enero de 2009 (primer día hábil), sin que se deba entrar a considerar si el plazo de expedición de la licencia de primera ocupación fue excesivo o no (emitida el 9 de marzo de 2009 y solicitada el 9 de enero de 2009).

**TERCERO.** El artículo primero de la Ley 57/1968 establece la necesidad de que la promotora garantice la devolución de las cantidades entregadas antes y durante la construcción, respondiendo también de la terminación en el plazo convenido.

El artículo segundo insiste en esta obligación, debiendo hacer entrega el cedente, al otorgamiento del contrato, del documento que acredite la garantía.

El artículo tercero permite al cesionario la rescisión con devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando ha expirado el plazo para la terminación de la obra.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/89 marca límites a los intereses.

Sobre el particular ha declarado la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2011: «Como principio general, procede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial...».

En el mismo sentido se considera esencial la mencionada obligación en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2012 y en la de 5 de febrero de 2013.

A la vista de esta doctrina hemos de resaltar la importancia de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, deber que se impone legalmente.

El aval pretende asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores, en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada (preámbulo de la Ley 57/1968), previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando.

Sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, debemos determinar si se trata de un aval de naturaleza autónoma supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza.

Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar

que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos.

Por ese reforzamiento de la garantía establece el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968: Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Cuando el precepto establece que «por cualquier causa» no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil.

El artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas.

No puede situarse el avalista bajo el amparo del artículo 1853 del Código Civil ya que el artículo 1 de la Ley 57/1968 condiciona la exigencia del importe del aval al «caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido», resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve.

Este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el presente procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito.

Tampoco se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

CUARTO. Estimado el motivo y asumiendo la instancia debemos estimar íntegramente la demanda en la que se reclamaba al avalista el importe de las cantidades entregadas a cuenta por importe de 20.876,03 euros, acreditado el pago de tales cantidades mediante documentación del anticipo, del contrato y del movimiento bancario. Más los intereses legales desde la fecha en que se requirió de pago al avalista (arts. 1100 y 1108 del Código Civil; y disposición adicional primera c) de la Ley de Ordenación de la Edificación que deroga parcialmente la ley 567/1968 al dejar sin efecto el interés del 6%).

No puede limitarse la condena al importe del aval, por importe de 15.337,51 euros, pues como se establece en la sentencia de 3 de julio de 2013: No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores...

La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregada por los compradores».

## 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ENERO DE 2015

El pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia, de fecha 13 de enero de 2015 por la que establece como doctrina jurisprudencial que:

«a) De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 57/1968 es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.

b) La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador, que establece el artículo 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que se aseguren o avalen las cantidades anticipadas se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial como condición para que queden aseguradas».

#### *A) Los hechos*

En el litigio que dio origen al recurso que resuelve la Sala, los compradores solicitaron, frente a la vendedora y la aseguradora, la resolución de sus contratos de compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas.

La demanda fue desestimada en primera instancia al entender que no se había producido incumplimiento del plazo de entrega por la vendedora.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz consideró que este plazo no había sido respetado y estimó en parte el recurso de apelación de los compradores, resolviendo los contratos. En cuanto a las cantidades a devolver, condenó solo a la vendedora, eximiendo de responsabilidad a la aseguradora al entender que, conforme a lo dispuesto en el contrato de seguro, los compradores debieron haber ingresado las cantidades entregadas en una cuenta especial designada en el mismo, y que esta cláusula había sido firmada por los compradores.

Interpuesto recurso por los compradores, el TS estima su pretensión, casa la sentencia de la AP Cádiz y condena a la entidad bancaria a que abone, de forma solidaria con la vendedora, las cantidades anticipadas.

#### *B) La sentencia del TS*

Los argumentos de la Sala al respecto son los siguientes:

Se alega por los recurrentes que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial que emana de sentencia núm. 212 de 2001, de 8 de marzo (recurso 113 de 1996), sentencia núm. 1235 de 1998, de 30 de diciembre (recurso 2168 de 1994) y sentencia de 7 de junio de 1983, en las que se refiere que es a la entidad vendedora a quien incumbe la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en la cuenta especial.

Igualmente se citan sentencias de Audiencias Provinciales que se pronuncian de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y, en contra, por tanto, de la seguida por la sentencia recurrida.

Esta Sala debe resaltar que el artículo primero de la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, declara que los promotores de construcciones, que pretendan recibir de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir «las condiciones siguientes»... percibir las cantidades «a través de una Entidad bancaria o caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial...».

Es decir, la ley impone al promotor la obligación de depositar las cantidades anticipadas en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador.

El artículo séptimo de la mencionada ley declara que los derechos que reconoce la referida norma «a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables».

En interpretación de las referidas normas declara la sentencia de esta Sala núm. 212 de 2001, de 8 de marzo, que si el ingreso de las cantidades anticipadas se efectuó en cuenta diferente de la especificada en la póliza de seguros, ello es una cuestión «a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora».

En el mismo sentido las sentencias de 1998, de 30 de diciembre y de 7 de junio de 1983.

No puede pretender la aseguradora que los derechos reconocidos legalmente al comprador puedan renunciarse en la póliza de seguros, que firma como asegurado, que no tomador (art. 7 de la Ley de Contratos de Seguro).

Declara esta Sala que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor; como dijimos, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro.

En este sentido, en la sentencia de 3 de julio de 2013 declaramos la prioritaria eficacia de lo previsto en la Ley 57/1968 sobre lo pactado por las partes, incluso en cuanto a las cantidades a devolver.

### 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2015

Esta sentencia contempla un supuesto de viviendas en construcción poniéndose de manifiesto la finalidad tuitiva y el carácter imperativo del artículo 1 de la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas a cuenta del precio así como la obligación de restituir al comprador dichas cantidades aunque no se ingresasen en la cuenta especial concertada entre el promotor y la entidad bancaria.

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas adquiridas por los demandantes y el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad financiera demandada<sup>4</sup>.

### 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2015

El TS en sentencia de 21 de diciembre de 2015 sienta jurisprudencia y ordena a los bancos devolver el dinero adelantado por clientes a promotores para viviendas que nunca se construyeron estableciendo que los bancos donde la promotora deposita el dinero de las entregas a cuenta para la compra de una vivienda en construcción son responsables de la devolución del mismo, si el piso no se llega a construir o entregar en plazo legal al comprador y el promotor no ha avalado o asegurado estas cantidades<sup>5</sup>.

El TS da la razón a un consumidor que compró una vivienda en promoción, habiendo entregado a cuenta del precio, más de 38.000 euros. Este dinero se iba entregando en una cuenta que la promotora tenía en la entidad CAM, pero la promotora no había suscrito aval ni seguro para garantizar al cliente la devolución

del dinero. La promotora no terminó la obra y el TS condenó a la promotora y al banco donde se depositaba el dinero, a devolvérselo al consumidor.

En la compra de viviendas en construcción, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en vigor hasta el 1 de enero de 2016 como hemos visto) obligaba a las promotoras a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, con un seguro o aval bancario y a que ese dinero, quedara depositado en una cuenta especial que solo se utilizaba para la construcción de las viviendas.

De esta forma, finalizado el plazo pactado, si no se hace la entrega de la vivienda al comprador, este puede resolver el contrato y solicitar la devolución de su dinero más el 6% de interés. Ahora y desde el 1 de enero de 2016, esta obligación de garantizar la devolución de cantidades viene regulada en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación donde el consumidor tiene dos años, a contar desde la falta de entrega de la vivienda en plazo, para ejecutar el aval bancario y reclamar su dinero.

En este caso, el consumidor ingresaba el dinero a cuenta del precio de la compra de la vivienda, en una cuenta bancaria a nombre de la promotora. Pero la promotora no le hizo entrega de aval bancario o seguro alguno que garantizara la devolución de ese dinero, en caso de paralización de la obra o de falta de entrega en el plazo establecido en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, el consumidor se encontraba desamparado: sin aval bancario o seguro, no tenía garantizada la devolución del dinero porque la promotora estaba en quiebra. Ante esta situación, el TS considera que el banco donde se depositaban las cantidades entregadas por el comprador, es responsable solidario, junto con la promotora, de la devolución del dinero.

Considera el TS que la ley obliga a las promotoras a recibir cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria, solo pudiendo disponer de esos fondos para los gastos de la construcción de las viviendas. Y lo más importante: Para la apertura de esta cuenta bancaria, el banco bajo su responsabilidad debe exigir que se haya prestado aval o seguro a favor del consumidor.

En definitiva, el TS considera que si un banco acepta que un promotor abra una cuenta para la construcción de una promoción de viviendas donde se van ingresando las cantidades que pagan los compradores, el banco tiene la obligación de comprobar que la promotora tiene seguro o aval para garantizar la devolución del dinero. En caso contrario, el banco es responsable directo de esa devolución frente al consumidor.

Se considera que el banco interviene y se beneficia como un sujeto más del proceso de la construcción, no había abierto una cuenta especial para la promoción y sabía que los compradores estaban ingresando dinero en sus cuentas, por lo que se le obliga a responder frente al consumidor, en caso de que el promotor no haya avalado o asegurado esas cantidades.

De esta forma el TS fija doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria de las entidades bancarias con las promotoras quebradas y establece que: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 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 abierta en dicha entidad».

Hay que tener en cuenta que para poder exigir la resolución de la compra de la vivienda y la devolución de las cantidades entregadas a la promotora, no

basta con cualquier incumplimiento, sino que debe tratarse de un incumplimiento grave y esencial que frustre las expectativas de los compradores.

La Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 28 de enero de 2016 aplica por primera vez la doctrina jurisprudencial del TS estableciendo que los particulares que entregaron dinero a cuenta a promotoras que quebraron o desaparecieron por la compra de una vivienda que nunca fue construida podrán recuperar su dinero. La Audiencia Provincial responsabiliza por primera vez a un banco y le obliga a reintegrar el anticipo y los intereses a una persona que compró una vivienda sobre plano a una promotora que quebró.

La sentencia de la Sección undécima de la APV es clara en este sentido y señala que «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, 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 e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

La mencionada sentencia señala: «La responsabilidad que el artículo 1-2.º de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial carácter de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de exigir».

Esta sentencia marca un antes y un después para todos aquellos compradores que no recibieron ningún tipo de aval tras haber entregado un anticipo a cuenta a una promotora que posteriormente quebró y toma en cuenta el criterio sentado en la sentencia del TS que hemos mencionado, abriendo la puerta a la denuncia contra las entidades bancarias de muchas personas que compraron sus casas sobre plano y que daban su dinero por perdido.

Esta vía está abierta a cualquier ciudadano que no recibió un aval por el depósito realizado y que pueda demostrar que realizó un pago a la entidad. Además no solo se dirige a aquellos a los que no se entregó la casa al no haberse finalizado la promoción, sino también a los que recibieron las llaves de su nueva casa fuera de plazo. Todos aquellos que hayan ido contra la promotora, con el objetivo de resolver el contrato de compraventa, también podrán interponer una denuncia contra la entidad bancaria y así tratar de recuperar la suma de dinero entregada.

Otro punto a tener en cuenta es que las entidades bancarias no solo debieran reintegrar el dinero ingresado en concepto de adelantos, sino también los intereses generados desde el momento en que se realizó la transferencia.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*. Navarra: Thomson Reuters.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*. Navarra: Aranzadi.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la Compraventa, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo II. Navarra: Aranzadi, pp. 1076 y sigs.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2011). *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C. (2015). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: M.<sup>a</sup> A. Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 357-412)
- MILA RAFEL, R. (2014). *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativa de viviendas* (obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación). Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A. (2015). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Thomson Aranzadi.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de septiembre de 1989
- STS de 13 de marzo de 1990
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 15 de febrero de 1994
- STS de 22 de marzo de 1993
- STS de 17 de febrero de 1967
- STS de 3 de junio de 1970
- STS de 30 de octubre de 1989
- STS de 1 de julio de 1992
- STS de 21 de julio de 1993
- STS de 7 de mayo de 2014
- STS de 13 de enero de 2015
- STS de 20 de enero de 2015
- STS de 30 de mayo de 2015
- STS de 22 de septiembre de 2015
- STS de 21 de diciembre de 2015
- SAP de Alicante de 12 de junio de 2014
- SAP de Valencia de 28 de enero de 2016

## NOTAS

<sup>1</sup> Señala GÓMEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C. (2015). Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria. En: María de los Angeles Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 357-412: Desacertadamente, la STS 24/9/2013, que estableció los requisitos de validez de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores, excluye la cláusula en cuestión del concepto objetivo de cláusula abusiva porque no fue redactada con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos y por lo tanto no constituyó una condición general de la contratación.

<sup>2</sup> SAP Alicante 12 de junio de 2014.

<sup>3</sup> No obstante, la STS 22/9/2015 se aparta de esta línea cuando las modificaciones afectan exclusivamente a elementos comunes, permaneciendo las características de la vivienda

según proyecto y aquellas son introducidas con motivo del otorgamiento de la escritura de división horizontal por el promotor, autorizado por una cláusula contractual para ello, tras comenzar las ventas sobre plano pero antes de otorgar escritura pública.

<sup>4</sup> El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación de la Ley 57/1968, de 27 de julio con relación a diversos aspectos de aplicación de la misma, particularmente respecto a las siguientes cuestiones: a) el alcance del artículo 1 de dicha ley respecto de lo pactado en el contrato de afianzamiento en orden al reintegro, solamente de las cantidades ingresadas en la cuenta especial de la entidad; b) La novación extintiva del contrato de afianzamiento a través de los avales individualizados a los efectos de ajustar el interés aplicable a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999.

La fundamentación jurídica de la demanda encuentra apoyo:

— En la Ley 57/68, de 23 julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que es presentada como medida esencial de intervención estatal en el mercado inmobiliario, dirigida a la protección del consumidor, entendido como la parte más débil de la relación contractual. Dicha protección se ve avalada por la propia Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación que se hace eco del clamor social amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, protegiendo el cooperativista con los beneficios tuitivos de la legislación sobre consumidores. El legislador instituye dichas normas desde el «*ius cogens*» un mandato de ineludible cumplimiento, dirigido a la protección del adquirente, al instituir un derecho objetivo de reintegro de los capitales anticipados para la adquisición de la vivienda en construcción (art. 1 Ley 57/1968), de la que hace responsable activamente tanto los promotores como a las entidades bancarias, al obligar a abrir una cuenta especial para depósito de las cantidades anticipadas, garantizada mediante la prestación de un aval solidario o seguro de caución.

— En el presente caso es Caja Rural de Burgos la que presta su aval solidario en beneficio del adquirente, a fin de garantizar la devolución de todas las cantidades que cada uno de los cooperativistas entregue a cuenta, bajo la única condición de que no se ponga a disposición del titular la propiedad de la vivienda adquirida en plano, siendo de su responsabilidad el emitir los títulos de aval individualizados, no pudiendo aceptarse la oposición a la pretensión de pago por el hecho de no poseer un título que ella misma ha evitado emitir en contra de lo legalmente regulado. Existe igualmente una obligación «in vigilando» que se impone a las cajas de ahorro al obligarles a exigir al promotor la constitución de un aval o seguro que garanticen los depósitos efectuados por el adquirente en cuenta especial, quedando las cajas de ahorros como obligadas, disponiendo el depositario de un derecho subjetivo frente a estas para el resarcimiento por incumplimiento de la prestación debida, sin olvidar que se recoge como condición que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin POR CUALQUIER CAUSA en el plazo convenido.

— La caja demandada transgrede la norma de forma voluntaria y consciente al negar el abono de los avales, siendo exigible de su conducta una diligencia superior a la predicable del «buen padre de familia», cometiendo una infracción subjetiva por vulneración de la obligación instituida por la Ley y contractualmente, al tiempo que la cualidad profesional del agente infractor hace presumir un conocimiento experto del derecho en el ámbito de su ejercicio empresarial, resultando dable sostener que la caja demandada conocía, y en todo caso debía conocer, la naturaleza antijurídica y potencialmente lesiva de su actuación.

— Existe también responsabilidad subjetiva en la conducta de la caja demandada por dolo al incumplir el mandato de devolver los anticipos avalados, ya que dicho dolo viene definido como la conciencia y voluntad de producir una transgresión jurídica, en forma de infracción de un deber o vulneración del Derecho. El dolo exige un acto ilícito, un acto volitivo, conciencia infractora y tipicidad.

— Los anticipos ingresados en cuenta especial tienen consideración legal de depósito (art. 1.2 «*in fine*»), posibilitando tal definición, respecto de la incorrecta custodia, el ejercicio de acciones en el orden jurisdiccional penal, demostrando la enorme relevancia que pretende dar el legislador a la norma.

— Existencia de enriquecimiento injusto ya que el capital anticipado por los adquirentes cuya devolución se solicita mediante ejecución del aval, ha de considerarse valor añadido del solar objeto de promoción, sujeto por tanto a ejecución hipotecaria, toda vez que la ley



exige su asignación únicamente a gasto derivado de la promoción. De lo anterior se colige que con la ejecución de la hipoteca, debe entenderse resarcido tanto el préstamo al promotor, como el importe total que corresponde abonar por concepto de la garantía constituida para su devolución llegado el caso, ya que el total del capital se encuentra invertido en el solar ofrecido y aceptado como garantía suficiente, bajo la responsabilidad de la caja.

— El incumplimiento voluntario y consciente de la obligación de pago de las cantidades que aquí se reclaman en virtud de la línea de avales efectivamente constituida, al margen del daño patrimonial sobre el particular adquirente, genera también una perturbación del interés colectivo. Es voluntad de la ley la protección del consumidor adquirente de la vivienda en construcción. La voluntad de la ley determina la institución o nacimiento de un derecho objetivo conculcado por la caja.

— La entidad bancaria demandada está sujeta igualmente, al cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Bancarias, del que pueden extraerse varias normas clara e indiscutiblemente infringidas por la entidad financiera.

La demanda termina suplicando se declare la imposibilidad de la cooperativa demandada de cumplir con el fin societario, declarando igualmente justificada la situación de baja de los demandantes como socios cooperativistas y que se condene a Caja Rural de Burgos a reembolsar a los demandantes, en virtud de la línea de avales constituida, las cantidades especificadas en el suplico. Todo ello con imposición de costas a las partes demandadas.

<sup>5</sup> Sus Fundamentos de Derecho son los siguientes:

PRIMERO. La demandante, compradora de una vivienda en construcción sometida al régimen de la Ley 57/1968, recurre en casación y por infracción procesal únicamente el pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia que, revocando en este particular la de primera instancia, desestimó la demanda respecto de la entidad de crédito codemandada, ya que los pronunciamientos respecto de la promotora-vendedora también demandada, teniendo a la demandante por desistida del contrato de compraventa y condenando a dicha promotora-vendedora a restituírle las cantidades anticipadas más intereses, fueron favorables a la demandante y han ganado firmeza.

Para resolver ambos recursos debe partirse de los siguientes hechos:

1. El 25 de junio de 2004 D.<sup>a</sup> Apolonia suscribió con la promotora demandada un contrato de opción de compra respecto de una vivienda (con garaje) que debía construirse en la localidad de Denia (Alicante), pactándose por la opción un precio de 11.500 euros, la décima parte del precio total de la compraventa, que se fijó en 115.000 euros. Dicha vivienda formaba parte de una promoción para cuya construcción la promotora suscribió un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad «Caja de Ahorros del Mediterráneo» (CAM), que también avaló las obras de urbanización. El 14 de octubre de 2004 se suscribió el contrato de compraventa a que se refiere el litigio, en el que se incluyó una cláusula (sexta) por la que el vendedor se obligaba a entregar la vivienda en un plazo de 24 meses a partir de la firma del contrato (es decir, el 14 de octubre de 2006), siempre y cuando el comprador cumpliera todas sus obligaciones, y más en concreto el abono del precio aplazado en los términos pactados.

2. La compradora entregó a la promotora, a cuenta del precio y en varios pagos, la suma total de 38.400,55 euros. Dicha cantidad fue ingresada en una cuenta corriente que la promotora tenía en la CAM.

3. Antes de que venciera el plazo de entrega, la compradora admitió una ampliación de obra, lo que determinó que dicho plazo se prorrogara cuatro meses más (hasta el 14 de febrero de 2007), fecha en la que las obras no se habían concluido.

4. Con fecha 12 de noviembre de 2010 la compradora dedujo demanda contra la promotora y contra la entidad CAM en ejercicio acumulado de una acción de protección de su derecho fundamental a la dignidad, que entendía vulnerado en su condición de consumidora por no haberse garantizado debidamente la restitución de las sumas entregadas a cuenta de la construcción, y de una acción de «rescisión» del artículo 3.1 de la Ley 57/1968, interesando, con base en la primera, la declaración de vulneración del citado derecho fundamental y, con base en la segunda pretensión, que se la tuviera por desistida del contrato y se condenara solidariamente a ambas demandadas a restituír las cantidades entregadas a cuenta del precio más intereses desde la fecha del primer ingreso.

5. La promotora no compareció, siendo declarada en rebeldía. La CAM se opuso a la demanda alegando falta de legitimación pasiva por considerarse un tercero ajeno al contrato de compraventa y por no haber expedido ningún aval, dado que la promotora no se lo había solicitado. En cuanto al fondo, opuso que, de conformidad con la Ley 57/1968, correspondía al promotor en todo caso solicitar la constitución del aval y la apertura de una cuenta especial en la que se ingresaran las sumas anticipadas, existiendo en este caso únicamente una cuenta corriente con la que operaba la promotora para su actividad habitual y que venía siendo utilizada por esta desde mucho antes de que se suscribiera el contrato de compraventa litigioso.

6. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. En concreto, desestimando únicamente la pretensión de que se declarase vulnerado el derecho fundamental a la dignidad, tuvo por desistida del contrato a la compradora demandante por incumplimiento del plazo de entrega por la promotora demandada, dado que la obra ni siquiera había finalizado al tiempo de dictarse dicha sentencia, y condenó a dicha promotora y a la entidad de crédito codemandada, solidariamente, a restituir las cantidades anticipadas más sus intereses. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) No cabía declarar vulnerado el derecho a la dignidad de la demandante, en su condición de consumidora-compradora de una vivienda en construcción, porque el derecho a una vivienda digna y adecuada no era un derecho fundamental de los comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución —cuya tutela cualquier ciudadano puede recabar directamente ante los tribunales— sino un principio rector ubicado en el Capítulo III; b) había lugar a estimar la acción del artículo 3.1 de la Ley 57/1968 por constar el incumplimiento del plazo de entrega por el vendedor ya que, incluso admitiendo que el plazo inicial se prorrogó cuatro meses por aumento de obra, esta seguía sin estar terminada; c) procedía condenar solidariamente a la promotora y a la entidad de crédito a la restitución de las sumas anticipadas porque la CAM había financiado la construcción de la promoción mediante un préstamo con garantía hipotecaria y avalado los costes de urbanización, hechos de los que cabía deducir que fue conocedora del incumplimiento de la promotora —que solo tenía una cuenta, no la especial, en la que los compradores realizaban sus ingresos— y que, pese a ello, no la advirtió ni le exigió que presentara aval o seguro en garantía; d) en definitiva, la condena de la entidad de crédito se fundaba en serle de «plena aplicación», como solicitaba la demandante, el artículo 1.2 de la Ley 57/1968, pues «sabía que las transferencias en la única cuenta abierta a favor de la promotora debían serlo para el pago de las viviendas», y venía obligada a «velar por el cumplimiento de la legalidad vigente, que no era más que asegurarse de que las entregas se efectuaran a través de una cuenta especial y exigir asimismo una garantía para devolución de dichas cantidades»; e) por todo lo anterior procedía condenar a la entidad de crédito, pues el incumplimiento de velar por los ingresos en una cuenta especial «conlleva la inexistencia de un seguro o aval que permita la devolución de las cantidades recibidas a cuenta debiendo responder por ello el banco como mínimo por la vía del artículo 1902 y en su caso del artículo 1104 del del Código Civil».

7. La sentencia de primera instancia solo fue recurrida en apelación por la entidad de crédito codemandada, por entonces ya «Banco CAM, SAU», y la sentencia de segunda instancia estimó su recurso absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra. En lo que ahora interesa razona, en síntesis (fundamento de derecho segundo in fine), que la actora fundó su pretensión frente a la apelante en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968 (lo que impedía examinar su pretensión a la luz de los artículos 1902 o 1101 del Código Civil) y que tanto la referida ley especial como la jurisprudencia que la interpreta vienen considerando que la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas antes de la construcción o durante ella, más el interés legal, corresponde al promotor, habiendo quedado acreditado que en este caso ni se otorgó aval a la promotora con ese fin ni se abrió cuenta especial o separada para el ingreso de las cantidades que la compradora fuera abonando, pues la CAM se limitó a otorgar un préstamo con garantía hipotecaria a la promotora para la financiación de las obras y un aval para garantizar el coste de las obras de urbanización, no la devolución de las cantidades anticipadas, no existiendo obligación legal que impusiera a la entidad de crédito el deber de exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial por ser una obligación de la promotora, que bien podía haber preferido suscribir las garantías (aval o seguro) con otra entidad.

8. Contra dicha sentencia la compradora-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del artículo 477.2 LEC (según reforma introducida por la Ley 37/2011), alegando no obstante la existencia de interés casacional en asunto tramitado por razón de la cuantía siendo esta inferior a 600.000 euros, por lo que esta Sala acordó «reconducir el trámite del presente recurso por la vía procesal del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que corresponde con el tipo de procedimiento objeto del presente recurso de casación».

TERCERO. Despejados, pues, los óbices de admisibilidad y entrando a conocer por tanto del recurso extraordinario por infracción procesal, su único motivo, denominado «Primero», formulado al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC y fundado en la «falta de congruencia entre la sentencia y lo peticionado por la actora/recurrida con vulneración de los principios dispositivo y de contradicción», ha de ser desestimado por incumplir el requisito básico de citar la norma infringida y, en cualquier caso, por carecer de fundamento, pues no se advierte el menor asomo de incongruencia en una sentencia que, como la recurrida, rechazó la responsabilidad de la entidad de crédito fundada en la Ley 57/1968 pero también, frente a la motivación de la sentencia de primera instancia, la aplicación de los artículos 1902 y 1104 del Código Civil en contra de dicha entidad.

En suma, no hubo incongruencia alguna sino discrepancia jurídica acerca de la responsabilidad de la entidad de crédito siempre desde la perspectiva de la Ley 57/1968, por más que el régimen de esta se pusiera más o menos en relación con los artículos 1902 y 1104 del Código Civil.

CUARTO. El recurso de casación por interés casacional se articula en dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968 y en el interés casacional representado por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se argumenta, en síntesis, con cita además de la disposición adicional 1.ª y el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación y del artículo 15 y la Exposición de Motivos de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, que la enérgica e imperativa protección de los compradores de viviendas por la Ley 57/1968 no puede quedar restringida por interpretaciones formalistas y rigoristas porque, desde cualquier punto de vista, la cuenta del promotor en la misma entidad de crédito que le concede el préstamo para la construcción y le avala ante el Ayuntamiento por las obras de urbanización, «no puede ser otra que la cuenta especial a que se refiere la Ley 57/1968». En apoyo de esta tesis cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de junio de 2012 y 29 de junio de 2011 y de la Audiencia Provincial de León de 24 de julio de 2009, además de las sentencias de esta Sala de carácter más general sobre la finalidad de la Ley 57/1968 (SSTS de 7 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2001 y 15 de noviembre de 1999). Finalmente, se destaca que la cuenta en que se ingresaron las cantidades anticipadas por la recurrente era la única del promotor en la entidad de crédito y que en los ingresos efectuados por la recurrente se hacía constar el concepto de pago a cuenta del precio del apartamento y plaza de aparcamiento adquiridos en plano.

QUINTO. La respuesta a los motivos así planteados, que como ya se ha dicho justifican el interés casacional del recurso por la necesidad de resolver, como cuestión estrictamente jurídica que el tribunal sentenciador ha decidido de forma distinta que otras Audiencias Provinciales, si la entidad de crédito en la que el comprador ingresa las cantidades anticipadas debe responder frente a él aunque el promotor no haya abierto en la misma una cuenta especial ni presentado aval o seguro, ha de fundarse necesariamente en la reciente y abundante jurisprudencia relativa a la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968), con la puntualización de que, en realidad, la norma que principalmente debe ser interpretada es la contenida en la condición 2.ª del artículo 1 de dicha ley.

Según la norma de que se trata, los promotores deben percibir las cantidades anticipadas «a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior»

(es decir, un seguro o un aval bancario). Se trata, en definitiva, de determinar el alcance de la expresión «bajo su responsabilidad» cuando, como en este caso, las cantidades anticipadas no se hayan percibido en una cuenta especial sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito codemandada.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la Ley 57/1968, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero no iban a recibir las viviendas), está presidida por el rigor con el que dicha ley, anterior a la Constitución, protegía a los compradores de viviendas para uso residencial, rigor que la Constitución no vino sino a reforzar en sus artículos 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) — STS, de Pleno, de 20 de enero de 2015 (recurso núm. 196/2013). Más en particular, por lo que se refiere a la cuenta especial en la que han de «depositarse» las cantidades anticipadas, la sentencia de 16 de enero de 2015, también de Pleno (recurso núm. 2336/2013), distingue, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador; la sentencia de 13 de enero de 2015, asimismo de Pleno (recurso núm. 2300/2012), declara que «el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que se impone al vendedor»; y la sentencia de 30 de abril de 2015, igualmente de Pleno y sobre un recurso contra sentencia precisamente de la Audiencia Provincial de Burgos (recurso núm. 520/2013), es decir de la misma cuyo criterio se invoca en el presente recurso, resuelve que la Caja de Ahorros avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad. Pues bien, la aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la «responsabilidad» que el artículo 1-2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, aunque sea cierto, como considera la sentencia impugnada, que la promotora podía haber concertado seguro o aval con otra entidad, en cambio no es acertado entender que, constando incluso en el propio documento de ingreso el destino o razón de las cantidades anticipadas («reserva de vivienda y 20% vivienda»), de esto no se derivara «obligación legal alguna» para la entidad de crédito codemandada. Muy al contrario, precisamente porque esta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el artículo 1-2.<sup>a</sup> de la Ley 57/1968.