

Percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Promociones Norte, SL, que tiene intención de construir un complejo urbanístico en la zona norte de España, concierta con el Banco Popular una póliza por la que se garantiza la devolución de las cantidades que anticipen los compradores de viviendas a construir en una localidad de la zona norte de España, para el supuesto de que no se entreguen en el plazo previsto o no les sea expedida la licencia de ocupación. En consonancia con esto, los compradores suscriben varios contratos privados de compraventa por un importe de 176.404 euros más el IVA, cada uno de ellos; una parte del dinero es entregado a la firma del contrato privado, la otra queda diferida al momento de suscripción de la escritura pública correspondiente. El dinero se ingresa en una cuenta que el promotor abre con el banco avalista y no en una especial. Como es lógico, el vendedor-promotor entrega el correspondiente aval bancario, que permite garantizar las cantidades anticipadas. Un aval bancario que podría entenderse como consecuencia de un contrato marco en el que se prevé el aval como colectivo, idéntico para todos los potenciales compradores. Llegada la fecha prevista de entrega de los inmuebles, esta no se produce y tampoco se obtiene la correspondiente licencia de ocupación. Posteriormente la promotora es declarada en concurso voluntario de acreedores. A la vista de esta circunstancia, un comprador presenta escrito al banco, a través de su abogado, comunicando que se ha resuelto el contrato por incumplimiento de la promotora, solicitando la ejecución del aval y la devolución de las cantidades anticipadas con los intereses correspondientes. La promotora confirma la

resolución contractual de mutuo acuerdo, sin embargo, el banco no devuelve las cantidades ni los intereses derivados.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Se puede considerar a la entidad bancaria como responsable y obligado principal a la devolución de las cantidades de los intereses, a falta de certificados individuales de garantía y teniendo en cuenta que el contrato es marco sin aval individual?
- b) ¿El acuerdo de resolución contractual realizado entre la promotora y el comprador, sin contar con la entidad bancaria, excluye la responsabilidad de esta de devolver las cantidades adelantadas más los intereses?
- c) ¿Exime de responsabilidad a la entidad que el aval sea común y no especial o individual?
- d) ¿La responsabilidad del avalista se limita a las cantidades ingresadas en la cuenta bancaria de la promotora?

Solución

- a) ¿Se puede considerar a la entidad bancaria como responsable y obligado principal a la devolución de las cantidades de los intereses, a falta de certificados individuales de garantía y teniendo en cuenta que el contrato es marco sin aval individual?

La protección por ley de los abusos con normas preventivas, tras la compra de una vivienda y el anticipo del dinero, de parte del dinero, justifica la Ley 57/1968, de 27 de julio. Según su exposición de motivos:

La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que esta no se lleve a efecto.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas nos dice que el promotor de viviendas tiene que garantizar la devolución de las cantidades que se entreguen por los compradores.

Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Esa garantía debe hacerla por medio de un aval (póliza de garantía), y puede ser individual o colectiva. Por tanto, la obligación que asume al banco es siempre una obligación principal, no pudiendo escudarse que en este caso el aval sea colectivo, porque el contrato sobre el que se asienta es un contrato marco que afecta a una colectividad. Lógicamente el promotor concierta con el banco esa garantía, que ofrece al comprador o a los compradores futuros. Estos, persuadidos de la confianza que les da la póliza, suscriben los contratos de compraventa y anticipan las cantidades; una parte se entrega a la firma del contrato privado, la otra cuando este se eleva a escritura pública. Finalmente, es determinante la entrega de la licencia para poder habitar la vivienda. Pues bien, en este caso –como ya ha reiterado la jurisprudencia en múltiples sentencias– la obligación del banco es esencial, y siempre que no esté terminada la vivienda y puesta a disposición de los compradores, el incumplimiento permite al comprador con aval individual o colectivo solicitar la resolución del contrato, mientras que por el promotor no se puede resolver porque se haya producido un impago parcial a cuenta del precio. Esta manera de entender la obligación que asume la entidad bancaria hace que, no obstante, la relación entre el promotor y el cliente, su posición de garante, no se desplace; es decir, que no cabe eludir su responsabilidad alegando que la relación entre el cliente-comprador y la promotora, por la cual se acuerda la resolución del contrato, impide el cumplimiento del mismo entre ellos y sin que la entidad bancaria haya tenido nada que ver. El banco no puede alegar que el acuerdo al que han llegado las partes del contrato de compraventa (sin su intervención) desplaza su posición de obligado principal. Y, es más, tampoco podría alegar falta de legitimación pasiva por ese motivo. Forma parte ineludible de la relación jurídico-procesal.

La sentencia del Pleno 322/2015, de 23 de septiembre (NCJ060404), resolvió la siguiente cuestión: «los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo, aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado». Es decir, si releemos el caso práctico, en él se dicen cuestiones de interés relacionadas con el acuerdo del pleno: el aval es colectivo, el contrato que se realiza es un contrato marco para todos los futuros compradores, y podríamos añadirle para hacerlo más interesante que luego no se extienden certificados indi-

viduales a cada uno de los avalistas, incluso también es importante destacar si el dinero es ingresado por el comprador o en una cuenta que abre la promotora en la entidad bancaria y no una cuenta especial relacionada con la garantía.

La decisión del pleno está en armonía con la intención del legislador y con la idea de que, expirado el plazo de iniciación o de entrega de la vivienda, el cesionario-comprador puede elegir entre resolver el contrato o prorrogarlo, reclamando, además de la devolución de las cantidades, el 6 % de intereses anuales. La norma prevé un contrato de seguro o aval que debe ir

unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda [que] tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Eso es lo que ocurre en el presente caso, que siendo obligada principal la entidad bancaria, el comprador, cesionario de la póliza, ejecuta el título, es decir, el aval.

b) ¿El acuerdo de resolución contractual realizado entre la promotora y el comprador, sin contar con la entidad bancaria, excluye la responsabilidad de esta de devolver las cantidades adelantadas más los intereses?

La sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró como doctrina «que el avalista no responde frente al comprador en caso de extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso anterior a la fecha en la que deba entregarse la vivienda».

Conviene recodar los artículos 3 y 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas:

Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente 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.

Expedida la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al comprador, se cancelarán las garantías otorgadas por la Entidad aseguradora o avalista.

El caso nos recuerda que las obras no se finalizan en la fecha prevista, no se entregan cuando deberían haberse terminado y no se obtiene la licencia.

El precepto es claro: el cesionario, el comprador, puede resolver el contrato u optar por una prórroga. La garantía, el aval, no está finalizada, pues como indica el artículo cuarto transcrito, solo se cancela cuando se obtiene la cédula de habitabilidad y se acredita la entrega.

Por consiguiente, la decisión de resolución del contrato parece que no puede ser excusa para que el avalista se exonere de responsabilidad. Pero veamos cuál es el razonamiento al respecto, al amparo de la jurisprudencia que contempla un caso parecido, que contempla una resolución anticipada de la garantía entre comprador y vendedor:

Según la STS núm. 133/2015, de 23 de marzo (NCJ059754) «si el contrato de compraventa se extingue», de mutuo acuerdo, antes de la «fecha establecida para la entrega de la vivienda», entonces el banco tendría razón y no cubriría la garantía, no vendría obligado; es decir, la ejecución del título no podría prosperar; porque el artículo 1847 del Código Civil nos dice que «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor», y esta no se ha extinguido en el momento pactado, en la fecha de entrega y con la licencia de obras. La garantía despliega sus efectos cuando se incumple el contrato, bien los plazos, bien los requisitos pactados. Si el comprador se pone de acuerdo con el vendedor para la extinción de la garantía antes del plazo, el banco no ha incumplido nada y por ello no resulta obligado por la póliza. Además, la sentencia que mencionamos añade que el artículo 68 de la Ley del contrato del seguro establece claramente que «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro». El banco solo quedaría obligado por incumplimiento de las obligaciones del vendedor (el tomador del seguro).

En definitiva, es normal que el comprador se sienta defraudado y pida la resolución del contrato porque no se ha producido la entrega física, entendida –como así lo sugiere la jurisprudencia– como inexistencia de escritura pública notarial, o jurídica «que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador». Y dentro de esas condiciones está la licencia de obra que permite el disfrute físico del inmueble en los términos del artículo 1462 del CC: «Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Solo con la entrega real, cuando el comprador esté en condiciones de poder disfrutar del bien, la garantía se extingue si se percibe en las condiciones pactadas.

c) ¿Exime de responsabilidad a la entidad que el aval sea común y no especial o individual?

La segunda cuestión plantea que el aval suscrito por el comprador que demanda al banco es colectivo o común y no individual o especial a nombre de este comprador, perfectamen-

te diferencia de otros. El supuesto nos plantea asimismo un contrato marco y el ingreso en una cuenta única aperturada por el promotor, donde se van ingresando las cantidades de todos los compradores. ¿Puede alegar el banco estas circunstancias para exonerarse una vez más de su obligación de reembolso al comprador?

La clave está es saber qué tipo de obligación genera el aval para el vendedor, porque la obligación es legal y viene impuesta por la Ley 57/1968, como se ha dicho más arriba. ¿Es una obligación accesoria? ¿Es una obligación principal? La respuesta ya la ha dado, una vez más, la jurisprudencia. Mientras no se haya terminado la vivienda y no haya sido entregada, el incumplimiento permite al comprador resolver el contrato y reclamar. Esto ya lo hemos dicho, pero la interpretación que subyace tras tal afirmación es la siguiente: la obligación del vendedor es principal, no accesoria, porque no puede resolver el contrato aun cuando el comprador haya incumplido pagos parciales.

Finalmente, ya la sentencia del pleno 322/2015, de 23 de septiembre, declaró que «es jurisprudencia reiterada que los compradores tienen derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de los anticipos con base en un aval o seguro colectivo aunque no se hubiera llegado a extender un aval individualizado».

Por tanto, el vendedor es obligado principal y el banco responde como avalista independientemente de que el aval sea individual y no colectivo. El comprador puede demandar indistintamente al promotor vendedor, su aseguradora o avalista, de manera individual o solidaria, cuando «la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido».

Es indiferente que el aval sea individual o colectivo, pues el artículo 2 de la ley dice literalmente: «En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio». Ese documento o certificado de la garantía es lo esencial y faculta al comprador para reclamar, háyase realizado un aval individual o colectivo. Es más, aun cuando no se emitiera el certificado individual, es jurisprudencia constante la siguiente:

Por lo que se refiere a las pólizas colectivas de seguro o aval, en particular cuando la entidad avalista o aseguradora no llega a emitir certificados individuales a favor de los compradores de las viviendas, es doctrina jurisprudencial que la omisión del certificado individual a favor de cada uno de los compradores no elimina la responsabilidad de la entidad aseguradora o avalista, conjunta con la del promotor, de garantizar la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores en caso de incumplimiento del promotor, responsabilidad exigible incluso aunque a los compradores no se les hubiera entregado en su momento una copia de la póliza colectiva. (STS núm. 502/2017, de 14 de septiembre [NCJ062643], también de pleno).

- d) ¿Tiene alguna trascendencia jurídica el hecho de que las cantidades avaladas hayan sido ingresadas en la cuenta del promotor y no en una especial, o que el aval establezca un límite de garantía?

El artículo 2 de la ley establece, como requisito que se ha de hacer constar en el contrato de adquisición de viviendas en las que se pacta la entrega anticipada de dinero, la «designación de la Entidad bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado». Parece que se está refiriendo a una cuenta especial donde se ingresan las cantidades del comprador, no la común o propia del promotor. En el caso, el promotor abre una cuenta y en ella se ingresa el dinero. Esta es la cuestión que se dilucida en el caso práctico.

Pues bien, la Sentencia 298/2019, de 28 de mayo (NCJ064263), dice al respecto que «si existe garantía (aval o seguro), esta sala viene reiterando que los anticipos ingresados por el comprador se encuentran garantizados por el asegurador o avalista aunque no se ingresen en la cuenta especial, sino en otra diferente del promotor», citando como precedentes las sentencias 222/2001, de 8 de marzo, 779/2014, de 13 de enero de 2015, 780/2014, de 30 de abril, 142/2016, de 9 de marzo, 360/2016, de 1 de junio, y 420/2017, de 4 de julio, las cuales «no hacen depender la responsabilidad del avalista de que el ingreso de los anticipos se haga en la cuenta especial».

Por otro lado, el banco responde de todas las cantidades entregadas al margen del límite, o del tiempo de vigencia, porque la Ley 57/1968 no contempla límites, simplemente establece

garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Por consiguiente, el resumen de todo es que la vivienda debe ser entregada en tiempo y forma, y la obligación que genera el incumplimiento, como obligación principal que es, permite al comprador dirigir su acción solidariamente contra el vendedor y el banco.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- SSTS de 82/2013, de 11 de marzo; 168/2013, de 6 de marzo; 169/2013, de 20 de marzo; 170/2013, de 6 de marzo; 398/2013, 399/2013, 400/2013 y 401/2013, de 10 de junio; 476/2013, de 3 de julio; 599/2013, de 30 de septiembre; 620/2013 y 621/2013, de 9 de octubre; 634/2013 y 635/2013, de 21 de octubre; 653/2013 y

661/2013, de 28 de octubre; 677/2013, de 6 de noviembre; 678/2013, de 30 de octubre; 683/2013, de 31 de octubre; 701/2013 y 706/2013, de 7 de noviembre; 721/2013, de 14 de noviembre; 52/2014, de 6 de febrero; 198/2014, de 1 de abril; 778/2014 (Pleno), 20 de enero de 2015; 778/2014, de 20 de enero; 780/2014, de 30 de abril de 2015; 133/2015 (Pleno), de 23 de marzo; 133/2015, de 23 de marzo; 226/2016, de 8 de abril; 423/2016, de 24 de junio; 527/2016, de 12 de septiembre; 255/2019, de 5 de mayo; 420/2017, de 4 de julio; 459/2017, de 18 de julio; 25 de octubre de 2011, rec. núm. 588/2008; 10 de diciembre de 2012, rec. núm. 1044/2010; 11 de abril de 2013, rec. núm. 1637/2010; 7 de mayo de 2014, rec. núm. 828/2012.