

4. DERECHO BANCARIO

Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia*

Responsibility of financial entities in light of the Law 57/1968. Current positioning of the Jurisprudence

por

MATEO C. JUAN GÓMEZ

Abogado de Bufete Buades

RESUMEN: La Ley 57/1968 sale al paso de los abusos que en el sector de la promoción inmobiliaria se registraron en la década de los años sesenta. Si bien su redacción se ha mantenido casi inalterable durante los últimos cuarenta y siete años, no así la interpretación que la jurisprudencia ha brindado a las obligaciones que recoge su artículo 1. La mención que el precepto contiene a una posible responsabilidad de la entidad financiera depositaria de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las viviendas en construcción, y sobre todo su inconcreción, ha generado múltiples polémicas doctrinales acerca de los requisitos que deben cumplirse para que responda la entidad financiera, y el alcance de dicha obligación. El Tribunal Supremo ha salido al paso de algunos debates tales como la naturaleza de la acción de la que disponen los compradores frente a la entidad depositaria, la nulidad de los límites cuantitativos o temporales del documento de aval, el carácter innecesario de la previa resolución contractual, la extinción de la garantía en caso de resolución contractual consensuada o la inoponibilidad del régimen especial de la Ley 57/1968 a la entidad que ha realizado el descuento del efecto cambiario que ha servido de instrumento de pago a cuenta. Sin embargo la responsabilidad de la entidad financiera en los supuestos en los que no se han prestado garantías, ni se ha abierto cuenta especial, supone en la actualidad una zona gris que obliga a analizar el ánimo con el que esta ha actuado.

ABSTRACT: Law 57/1968 takes into account the abuses within the sector of property development registered during the sixties. Even though its composition has been kept almost unchanged during the last forty-seven years, the interpretation of the provided jurisprudence as stated in Article 1 has transitioned. It mentions that the precept contains a possible responsibility from the depositary institution of the delivered amounts on account by the buyers of the houses under construction, and above all its imprecision, has generated multiple controversial doctrines

* Este trabajo fue aprobado para su publicación en junio de 2015

regarding the requirements that have to be fulfilled for the financial institution to respond, and the range of such obligation. The Supreme Tribunal has responded to some discussions such as the nature of actions that buyers have with the depositary institution, the annulment of quantitative or time limits on a guarantee, the redundancy of the previous contract termination, the termination of the guarantee in case of consensual termination of the contract, or the unenforceability of the special provisions of Law 57/1968 to the entity that has made the discount of the exchange effects that has served as an instrument of delivery on account. Yet the responsibility of the financial institution, when no guarantees was provided nor any special checking account have been opened, is at the moment a gray zone that forces to analyze the intent of its action.

PALABRAS CLAVE: Entregas a cuenta. Compraventa. Viviendas en construcción. Entidad depositaria. Cuenta corriente especial. Responsabilidad «*ope legis*».

KEY WORDS: *Delivery on account. Buying and selling. Houses under construction. Depositary institution. Special checking account. Responsibility «ope legis», delivery.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN DEL DEBATE DOCTRINAL.—III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—IV. LIMITACIÓN CUANTITATIVA O TEMPORAL DE LA RESPONSABILIDAD.—V. SUPUESTO DE INEXISTENCIA DE DOCUMENTO DE AVAL INDIVIDUAL.—VI. SUPUESTO DE EXISTENCIA ÚNICAMENTE DE CUENTA ESPECIAL.—VII. LA NO EXIGENCIA DE PREVIA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.—VIII. SUPUESTO DE DISOLUCIÓN POR MUTUO DISENSO.—IX. JUICIO CAMBIARIO Y DESCUENTO BANCARIO.—X. REFLEXIONES FINALES.—XI. BIBLIOGRAFÍA.—XII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, fue promulgada en época franquista, como mecanismo de control ante la reiterada comisión de abusos producidos en el mercado inmobiliario, efervescente por aquellas fechas. Lo que pretendió el legislador no fue sino extender las garantías que ya se preveían en el Decreto de 3 de enero de 1963 para la promoción de viviendas de protección oficial, a todo tipo de residencias.

El foco de atención se centró en el destino conferido a las cantidades anticipadas por compradores de viviendas en construcción, en un intento de garantizar que estos medios económicos sean destinados efectivamente por la promotora a la construcción de la/s vivienda/s en cuestión, así como su devolución en el supuesto de que esta/s finalmente no pueda/n llevarse a cabo por cualquier circunstancia.

La primera y más importante medida de protección consiste en 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 auto-

rizada 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.

De lo anterior se colige la responsabilidad en la que incurre el avalista bancario o la entidad aseguradora, en caso de que se suceda el riesgo que ha decidido libremente cubrir.

Ahora bien, la jurisprudencia ha ido abogando por otra dimensión de responsabilidad de las entidades financieras, ya no en su condición de avalistas de la promotora, sino por constituirse en depositarias de cantidades entregadas a cuenta para la compraventa de viviendas en construcción.

Interesa al presente trabajo exponer sucintamente las principales líneas de discusión que se han suscitado en la jurisprudencia reciente, y los distintos frentes que aún hoy podemos considerar abiertos en relación a esta materia.

A fin de exponer nuestras observaciones de forma ordenada, dedicaremos unas líneas al origen del debate litigioso, para posteriormente plantear los escenarios que han resultado más controvertidos en los litigios habidos al amparo de la Ley calendarada.

II. ORIGEN DEL DEBATE DOCTRINAL

El epicentro de la cuestión discutida se localiza en la imperfecta redacción del artículo 1 de la Ley 57/1968, que guarda el siguiente tenor literal;

«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:

Primera. 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.

Segunda. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las 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».

Como se puede observar, la expresión final del precepto contiene una previsión de responsabilidad de la entidad financiera depositaria, que para la apertura de la cuenta especial deberá exigir la garantía (aval o seguro) que recoge el precepto.

Dicha expresión puede ser interpretada de distintas formas:

- i) Como que la entidad financiera está obligada a exigir que se acredite la garantía referida con cada entrega a cuenta
- ii) Como que la entidad financiera está obligada a destinar tales ingresos a una cuenta especial y a exigir que se acredite la garantía referida, pero únicamente en el momento de la apertura de la cuenta especial y no con cada asentamiento.
- iii) Como que la entidad financiera solo será responsable si apertura una cuenta especial, de tal modo que de realizarse las entregas en una cuenta distinta a la especial, su devolución no le resultará exigible.
- iv) Como la obligación de la entidad financiera de emitir los avales que se le requiera por la promotora por las entregas a cuenta, pero respondiendo únicamente en la medida en que emita los mismos.

Estas distintas interpretaciones de la norma apuntada, dan lugar a importantes contradicciones en el seno de la jurisprudencia menor; así como a una extensa casuística. Seguidamente exponemos los debates que han resultado más habituales, y que en gran medida no son sino una aplicación de las anteriores interpretaciones a supuestos de hecho concretos.

III. NATURALEZA DE LA ACCIÓN. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La primera parada de nuestra ruta pasa por reflexionar sobre la naturaleza de la responsabilidad que pudiera derivarse del artículo 1 de la Ley 57/1968 —si se aceptara que es así— para las entidades financieras depositarias.

Pensemos por ejemplo en un escenario de ausencia de aval individual entregado al comprador. Parece innegable que no existiría ninguna relación contractual que uniera al Banco con los compradores de las viviendas. Se descartaría, por ende, que estuviésemos ante una responsabilidad de naturaleza contractual¹. De esta suerte, si se aceptase que la entidad financiera es responsable frente a los compradores, habrá de concluirse que esta será una responsabilidad *«ope legis»* o extracontractual.

Quedaría por perfilar si se trata de una acción personal y, por tanto, con un plazo de prescripción de 15 años (art. 1964 Código Civil), o si es puramente una responsabilidad extracontractual, prescribiendo al cabo de un año, *ex* artículo 1968 del Código Civil. En consecuencia, de aceptar el último planteamiento, si los demandantes —como es bastante habitual— se demorasen más de un año en redirigir sus reclamaciones de la promotora a la entidad financiera, podría excepcionarse la extinción de la acción.

Así por ejemplo, la sentencia número 13/2014 de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.^a, de fecha 15 de enero, se inclinó por defender que la acción contra la entidad financiera por falta de constitución del aval es de naturaleza extracontractual y el plazo de prescripción de un año debe comenzar a contar desde que se produce el daño para el comprador, o lo que es lo mismo, al manifestarle el promotor que no puede reintegrarle su inversión.

Cumple apuntar que este es uno de los puntos conflictivos a los que ha salido al paso recientemente el Tribunal Supremo, concretamente en la sentencia del Pleno, de 16 de enero de 2015, rec. 2336/2013, reconociendo en su Fundamento Jurídico Segundo, en referencia a la prescripción, que *«es bueno que esta Sala se pronuncie sobre la misma, partiendo de dos extremos, el de tipo de responsabilidad y el de dies a quo. Lo cual es necesario porque la sentencia de primera instancia*

afirma que se trata de responsabilidad contractual, afirmación que no es objeto de justificación, ni de desarrollo alguno y la sentencia de la Audiencia Provincial afirma que es extracontractual».

El Alto Tribunal sienta jurisprudencia y afirma que estamos ante una obligación que nace de la ley, al que es aplicable el plazo de prescripción general de las acciones personales (15 años por tanto), confirmando la doctrina de la «*actio nata*» en relación a la fijación del «*dies a quo*».

IV. LIMITACIÓN CUANTITATIVA O TEMPORAL DE LA RESPONSABILIDAD

El artículo 1827 del Código Civil proclama el que debe ser el precepto cardinal en la interpretación de toda obligación de fianza, a saber, la interdicción de su presunción, exigiendo que la misma sea expresa y nunca extenderse a más de lo contenido en ella. En claro seguimiento de este precepto, José Luis GARCÍA-PITA y LASTRES², nos recuerda que;

«La “garantía” supone una ampliación del poder de agresión del acreedor, que ya no se limita al patrimonio del deudor; ora porque consiste en la afección de un segundo patrimonio, ora bien porque supone la afección de bienes concretos merced a la técnica del derecho «in re aliena» o, sin más, a la técnica del derecho real, y —por consiguiente— requiere de un expreso acto de constitución».

Esta especial naturaleza de la fianza, ha llevado a no pocos tribunales a limitar la responsabilidad de las entidades financieras que sí habían concedido aval bancario a los compradores de viviendas a los términos del propio documento de aval. De esta suerte, si el límite cuantitativo del aval era inferior a las cantidades efectivamente entregadas a cuenta por el comprador, este solo tenía acción con los límites de la obligación expresamente asumida por el garante.

Un ejemplo puede ser la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2012, en la que se proclama que;

«por muy especial que sea la naturaleza jurídica de los avales prestados al amparo de la Ley 57/1968, obviamente el avalista no puede responder más allá de la cantidad máxima garantizada por la sencilla razón de que constituye el límite de la garantía pactada y la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto»³.

No obstante, el Tribunal Supremo parece haber puesto fin también a este debate en la sentencia 218/2014 de 7 de mayo (rec. 828/2012), en la que amparándose en otra anterior sobre un contrato de seguro, afirma;

«no puede limitarse la condena al importe del aval, por importe de 15.337,51.—# pues como dijimos en la sentencia de 3 de julio de 2013, sentencia núm. 476/2013 (RJ 2013, 5913), recurso 254/2011:

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 deter-

mina 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 entregadas por los compradores».

Así se configura una excepción a las reglas generales del contrato de fianza, obligándose el garante más allá de lo expresamente pactado.

V. SUPUESTO DE INEXISTENCIA DE DOCUMENTO DE AVAL INDIVIDUAL

Otro escenario bastante recurrido es aquel en el que no existe aval individual, pero sí se ha abierto una cuenta especial al promotor y también se ha celebrado con este una póliza general o línea de avales.

En este punto consideramos que el Tribunal Supremo ha contribuido históricamente a generar gran confusión, al posicionarse tímidamente en contra de la doctrina emergente en la jurisprudencia menor, pero sin terminar de postularse en los últimos tiempos de un modo definitivo.

Podemos traer a colación, como posicionamiento histórico, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995, rec. 1357/1994. Ponente: SOTO NIETO, (en la misma se analizan hechos con trascendencia civil) determina que la contratación de la póliza colectiva a favor de los adquirentes no hace nacer en favor de ellos ningún derecho hasta que se realice la emisión de cada póliza individual. Para refrendar su postura, en aquella ocasión el Alto Tribunal recordó que la Dirección General de Seguros, en resolución de 26 de septiembre de 1983, estimó que en virtud de lo dispuesto en el número 8 de la Orden de 5 de junio de 1964, en el seguro de cantidades anticipadas para viviendas, la contratación de pólizas colectivas por la constructora no implica ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas: la garantía a cada comprador no se produce hasta que no se realiza la emisión de cada póliza de seguro individual, complementaria del respectivo contrato.

Como posicionamiento más actual puede ser interesante la sentencia 25/2013 del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013, que en su Fundamento de Derecho Cuarto parecía desmarcarse de la posibilidad de exigir responsabilidades al Banco que no hubiera concedido aval individual;

«No procede condena al Banco de Santander, pues la obligación que le impone la Ley 57/1968 es la de que las cantidades entregadas a cuenta se ingresen en una cuenta especial (art. primero, segunda), pero la norma no le impone la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese obligación de entregar el aval directamente al comprador; pues siempre lo emitiría a petición del promotor».

Sin embargo, lo cierto es que esta sentencia, tal vez por su insuficiente concreción, no sirvió como criterio unificador de las posturas discrepantes, siendo cada vez más mayoritaria entre las audiencias provinciales la corriente que sostiene lo contrario.

A título de ejemplo cabe citar la sentencia 71/2014, de 19 de marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.^a, en la que se reflexiona;

«que Bruesa no preste al BBVA las garantías o contravales suficientes para que se extiendan las certificaciones de seguro es cuestión que afecta al banco y Bruesa, pero que es ajena a los demandantes. Si el BBVA no fue diligente bien exigiendo contravales suficientes bien impidiendo que Bruesa dispusiera de fondos de la cuenta es una cuestión que al demandado incumbe, de la que debe responder ante los demandantes y que le otorga derecho de repetición frente a Bruesa por las cantidades que tenga que abonar. El incumplimiento de la ley por el BBVA reside aquí, en haber permitido la disposición por parte de Bruesa de estas cantidades sin que hubiera garantizado las mismas, tal y como la Ley señala. Y en tal sentido la demanda debe ser estimada».

O también la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 25 de octubre de 2012, según la cual *«la falta de prestación de las garantías impuestas legalmente también puede acarrear la responsabilidad de la entidad de crédito. La razón de tal afirmación la encontramos en la condición segunda del artículo 1.º de la Ley analizada»*⁴.

VI. SUPUESTO DE EXISTENCIA ÚNICAMENTE DE CUENTA ESPECIAL

El debate se traslada con cierta habitualidad aún a un estadio previo a los anteriores, en el que no solo no existe aval individual, sino que tampoco se ha concertado una póliza general o línea de avales, concurriendo únicamente una cuenta corriente de las denominadas especiales.

La primera cuestión sería la de determinar cuándo estamos ante una cuenta especial. Cada vez más se extiende entre las audiencias provinciales la tesis de que la cuenta especial no exige ningún requisito formal, ni tan siquiera la voluntad de las partes de concederle tal naturaleza al contrato de cuenta corriente, sino únicamente al origen y destino de los fondos que allí se depositan.

Es bastante significativa a este respecto la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.^a, de 23 de junio de 2014, en la que se aprecia;

«Es claro por tanto que sin cuenta especial no puede exigirse la responsabilidad a la entidad de crédito. Ahora bien, ninguna forma especial ni nomen iuris exige la ley que se empleó en la apertura de dicha cuenta, cuya naturaleza de especial entendemos no deriva del nombre que quien la abre quiera darle, ni de que exprese su voluntad al efecto, sino como bien dice el juzgador de instancia del origen de los fondos que la nutren y del destino que estos han de seguir. La ley no hace gravitar sobre la entidad de crédito la específica obligación de fiscalizar y clasificar a los efectos comentados cualquier o toda cuenta corriente que sea abierta en la misma. Sin embargo consideramos que tampoco ostenta una posición meramente neutra o contemplativa, ajena a todo deber de vigilancia, cuando existan indicios claros y sólidos de que quien abre la cuenta es un promotor de un proceso constructivo de viviendas y de que los depósitos que en la misma se realizan por terceros son entregas a cuenta o anticipos del precio. Cuando sea cual sea el nombre que se le otorgue resulte evidente para la entidad de crédito que esa es la específica finalidad para la que se abre la cuenta

por un promotor, pesa sobre la misma un deber de control y vigilancia a fin de que por este se proceda a la constitución de la garantía prevista en el precepto que comentamos, so pena de incurrir en la responsabilidad frente a los compradores depositantes que el precepto legal comentado le impone. Ello como contrapartida a los beneficios que las entidades de crédito obtienen de la apertura de esas cuentas, en las que como decimos se anticipan y depositan a cuenta del precio cantidades importantes por los compradores de viviendas, de la financiación del proceso constructivo que habitualmente se encarga a las mismas entidades en que la cuenta se abre, con posterior subrogación de los propios compradores en la parte correspondiente de la hipoteca e incluso de la prestación de los avales por parte de las propias entidades financieras.

Por otra parte consideramos que el hecho de que finalmente se mezclen en la cuenta fondos de procedencia diversa, o de que se sufraguen con cargo a la misma pagos distintos, no exonera de responsabilidad a la entidad financiera. De seguirse otra interpretación resultaría que la entidad de crédito, a la que es imputable el control sobre el origen y el destino de los fondos ingresados en la cuenta, respondería solo en caso de cumplirse los requisitos que califican una cuenta como especial y sin embargo no lo haría si incumpliere sus obligaciones de supervisión. Para que surja la responsabilidad de la entidad financiera bastará por tanto tenga constancia de que el dinero ingresado son cantidades anticipadas por los compradores para financiar la construcción de viviendas, con independencia de que en el devenir del tiempo permita, incumpliendo sus obligaciones, que ingresen fondos de procedencia diferente o que se destinen por el titular a atenciones diferentes a las estrictas del proceso constructivo».

Lo relevante, por tanto, es si el Banco es conocedor de que se utiliza la cuenta corriente para realizar pagos a cuenta. A nuestro parecer la carga de acreditar este conocimiento suficiente recae en la parte demandante, *ex* artículo 217 de la Ley, que contará para ello con indicios como la posible financiación de la obra por la misma entidad financiera, o que del extracto de la cuenta corriente se desprenda que no es una cuenta utilizada en la operativa habitual de la promotora. Y a la inversa, si la cuenta corriente es utilizada para otros fines diversos, o no se identifica suficientemente el origen de los fondos, podríamos estar ante indicios de que no existió la voluntad de constituir la cuenta corriente como cuenta corriente especial a los efectos de la Ley 57/1968. Puede ser interesante a estos efectos recordar que el artículo 1282 del Código Civil dispone que para juzgar la voluntad de los contratantes deberá estarse a los hechos coetáneos y posteriores al contrato. Por tanto, la conducta posterior de la promotora y de la entidad financiera pueden servirnos para discernir si el ánimo que movió a esta última fue el de aperturar una cuenta especial en los términos de la Ley 57/1968.

Por su parte, otras resoluciones, llegan por un camino distinto a conclusiones similares, negando que la cuenta corriente pueda recibir en estos casos el calificativo de cuenta especial, pero haciendo igualmente responsable al Banco por no abrir una cuenta de esas características. En esta línea se sitúa, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 15 de enero de 2014;

«[...]Ahora bien, que no se trate de una cuenta especial porque al final se mezclen fondos de procedencia diversa, o porque se atiendan

pagos distintos, no exonera de responsabilidad a la entidad financiera. De seguirse otra interpretación resultaría que la entidad financiera, a la que puede ser imputable la falta de control sobre el origen y el destino de los fondos ingresados en la cuenta, respondería solo en caso de cumplirse los requisitos que califican una cuenta como especial, y no respondería si se incumplieren las obligaciones de supervisión sobre la procedencia y destino de los fondos ingresados. Para que surja la responsabilidad de la entidad financiera debe bastar la constancia de que el dinero ingresado son cantidades anticipadas para financiar la construcción de viviendas».

En contra de este planteamiento, podría traerse a colación curiosamente otra sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2010, de la Sala Segunda, que absuelve al director de una sucursal bancaria de delito de apropiación indebida de los ingresos realizados por los socios de una cooperativa para la adquisición de sus viviendas. En lo que interesa a las presentes actuaciones, declara que no es obligación de la entidad depositaria la entrega de avales, ni la apertura de la cuenta especial a los que refiere la Ley 57/1968. En concreto;

«De ahí que los recurrentes no puedan invocar norma alguna de la que derive la obligación de control que reclaman. Desde luego es evidente que tal exigencia no deriva del artículo 1 de la Ley 57/1968, luego reiterada en la Ley 38/1999 de ordenación de la edificación. Esas normas imponen una obligación a la entidad promotora de la construcción de viviendas. La de suscribir un seguro de devolución de ingresos a los adquirentes. Y que para recibir esos ingresos la promotora disponga de una cuenta especial en entidad bancaria. Pero ni aquella suscripción ni esa apertura de cuenta es obligación de dicha entidad. Esta solamente está obligada a exigir, como condición para la apertura de la cuenta, la suscripción del contrato de seguro indicado. Exigencia a la que no ha lugar si dicha cuenta especial no es abierta. Y en ningún caso puede denegar los reintegros que la promotora pretenda hacer de cualquier otro tipo de cuenta de la que es titular ni de condicionar el reintegro a aplicación determinada por parte de la entidad titular».

Entre las sentencias de las audiencias provinciales, podemos citar sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2013, que haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Supremo, afirma;

«CUARTO. Por lo expuesto, puede concluirse señalando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha configurado la obligación de avalar las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa de un inmueble proyectado o en construcción como una obligación legal que compete al vendedor y que se encuentra en íntima relación con el contrato de compraventa, que garantiza la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, pero determinado que esa obligación le compete al vendedor, excluyendo de la misma expresamente a la entidad bancaria en la que se hayan depositado esas cantidades entregadas a cuenta, porque tanto la obligación de que se depositen en una cuenta especial como que se avalen, precisamente por ser una obligación legal con destinatario determinado, no puede hacerse extensiva a terceros no

determinados por la norma, de manera que ni la presunción de conocimiento por la referida entidad de que las cantidades que ha depositado la promotora en otras cuentas bancarias ni otro conocimiento referido a ese negocio es susceptible de generar una ampliación de responsabilidad como la pretendida por el recurrente, pues la consideración de negocio complejo o coaligado solo puede ser estimada como existente entre el de compraventa celebrado entre promotor y el adquirente y la obligación legal de avalar las cantidades recibidas como precio de la referida compraventa, de manera que como dispone la referida jurisprudencia, el incumplimiento de la citada norma de la ley 57/1968 no tiene carácter puramente administrativo, pudiendo dar lugar a la resolución del contrato de compraventa si se mantiene la reciprocidad de las prestaciones, en el sentido de que la vivienda a la fecha en que se pida la referida resolución, no esté terminada, pero no hace extensible esa responsabilidad de devolución de las cantidades entregadas como parte del precio, a la entidad en la que se depositaron, cuando no lo fueron en la cuenta especial fijada legalmente. Por lo tanto, debe ser desestimado el referido motivo de apelación».

Las últimas sentencias del Tribunal Supremo son, si cabe, más desconcertantes. Parecen dar por hecho la responsabilidad de la entidad financiera, pero sin delimitar con la precisión que exige lo delicado y sensible de la cuestión, en qué supuestos debe extenderse *«ope legis»* la responsabilidad de la entidad financiera depositaria de los fondos.

Un ejemplo lo encontramos en la sentencia de 16 de enero de 2015, rec. 2336/2013, en la que si bien no recurrió la entidad financiera depositaria, condenada en las instancias anteriores, haciéndolo únicamente la entidad que financió la promoción, ajena a cualquier obligación de la Ley 57/1968, en el Fundamento Jurídico Tercero de la resolución, se contiene una curiosa mención *«obiter dicta»*. Tras exponer la normativa y doctrina jurisprudencial general de la Ley de continua referencia, advierte, sin más explicación, que *«de esta normativa y de esta jurisprudencia, aunque no la hay específica sobre el tema planteado aquí, se desprende la responsabilidad del promotor que en este caso es la COOPERATIVA y de la entidad financiera CAJA BURGOS»*.

Parece olvidar el Tribunal que son precisamente sus resoluciones las que han venido a servir de base para la absolución de las entidades financieras y las que han puesto de relieve las carencias de la redacción de la Ley preconstitucional.

Igualmente en la sentencia del Pleno, de 13 de enero de 2015, rec. 2300/2012, se fija la siguiente doctrina:

«1. 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.

2. La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador que establece el artículo 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que asegure o avale las cantidades anticipadas, se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial.

Es decir, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial».

Hubiera sido deseable un plus de motivación y, sobretudo, de detalle por parte de un órgano que debiera servir de unificador y que en esta materia, a juzgar por la polémica doctrinal reinante, no ha sido lo suficientemente resolutivo. ¿La doctrina anterior quiere decir que es responsable la entidad depositaria aun cuando, valga el juego de palabras, no sea depositaria? Esto es, ¿pese a que los pagos se hagan en efectivo directamente a la promotora y no lleguen a pasar por la entidad financiera? ¿Cómo se supone entonces que esta debe velar por la existencia de garantía o seguro suficiente que cubra las concretas aportaciones de cada comprador si puede incluso desconocer su propia existencia?

Por criterio de coherencia y proporcionalidad, entendemos que aquellos ingresos que se realicen en la entidad bancaria, pero en cuenta distinta de la calificada como especial, pero insistimos, siempre que concurra pleno conocimiento de la entidad depositaria (con la que se ha aperturado la cuenta especial), quedan igualmente amparados por la garantía (aval o seguro) entregada a los compradores.

Vendría a ser por tanto, una extensión de la proscripción de limitaciones cuantitativas o temporales en el contrato de seguro o de aval, al que hemos hecho referencia anteriormente, desarrollando así la doctrina acuñada por la sentencia de 7 de mayo de 2014.

En otras palabras, la sentencia que ahora analizamos no presta atención al supuesto en que no exista tal garantía o, menos aún, cuenta corriente que merezca el calificativo de cuenta especial.

VII. LA NO EXIGENCIA DE PREVIA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

Sin perjuicio de todo lo anterior, algunas resoluciones venían exigiendo que con carácter previo a dirigir la acción frente a la entidad bancaria, debía procederse a la resolución del contrato de compraventa, accionando frente a la promotora en cuestión.

Así lo entendía, por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª, de 22 de marzo de 2013;

«... en todo caso, en el caso de admitirse a efectos puramente dialécticos la condición de garante legal de la entidad financiera, sería necesario acreditar la resolución del contrato de compraventa como presupuesto para exigir la devolución de las cantidades allí ingresadas, circunstancia que, por lo ya dicho, no se ha producido».

Sin embargo, consideramos que esta barrera ha sido expresamente desactivada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de mayo de 2014, antes referida, en la que se afirma la apertura automática de la vía para reclamar frente a la entidad financiera en cuanto se incumple el plazo de entrega de la vivienda. Ello sin posibilidad de entrar a discutir sobre si el retraso es más o menos breve, de naturaleza esencial⁵, y sin necesidad de dirigir la demanda también frente a la entidad promotora.

VIII. SUPUESTO DE DISOLUCIÓN POR MUTUO DISENDO

La casuística da pie a escenarios diversos, y otro que llama nuestra atención es aquel en el que se produce la resolución del contrato de compraventa por mutuo disenso antes del vencimiento del plazo de entrega de la vivienda. ¿Puede en ese

caso reclamarse de la entidad avalista —presuponiendo por tanto que exista tal documento de aval— la devolución de las cantidades?

Creemos que es conveniente subrayar que en un supuesto tan peculiar como el planteado, la doctrina libera a la entidad avalista de cualquier tipo de responsabilidad, al amparo del artículo 1847 del Código Civil, en virtud del cual la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor.

A este respecto la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 (rec. 2167/2013) es clara al determinar que la responsabilidad del fiador nace únicamente ante el incumplimiento del vendedor, pero no ante la renuncia anticipada del comprador aceptada por el vendedor.

Cuestión distinta, claro está, sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido y, de no cumplir él con la devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante.

IX. JUICIO CAMBIARIO Y DESCUENTO BANCARIO

Otro frente abierto que ha resultado especialmente candente en los últimos tiempos, es el correspondiente al traslado de la discusión sobre las garantías de los compradores de viviendas en construcción al campo del juicio cambiario.

La cuestión es la siguiente, si los pagos realizados a cuenta por los compradores en vez de operarse por medio de transferencia bancaria, se han llevado a cabo entregando letras de cambio u otros efectos cambiarios —tal y como prevé la letra b) de la DA1.^a de la Ley de Ordenación de la Edificación—, cuyo vencimiento está diferido en el tiempo, y la promotora las entrega para su descuento en una entidad financiera... ¿afecta al banco descontante la obligación del artículo 1 de la Ley?

Parece claro que la promotora tendría la obligación de aplicar el dinero obtenido con el descuento a la cuenta especial, lo controvertido es qué régimen debe primar en caso de incumplimiento de dicha obligación y en relación a la entidad descontante ¿el régimen formalista de la relación cambiaria o el garantista que parece desprenderse de la Ley 57/1968?

Se ha pronunciado sobre este particular el Pleno del Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril de 2014, apostando finalmente por el régimen contenido en la Ley Cambiaria y del Cheque.

Para la sentencia, que cuenta con dos votos particulares disidentes, «*el incumplimiento de esta obligación no afectará al banco descontante quien, si le han sido entregadas las letras para su descuento, tendrá derecho, en caso de impago, para dirigirse contra los obligados cambiarios al vencimiento de cada una de las letras, sin que pueda oponérsele las excepciones derivadas del incumplimiento de aquellas obligaciones del vendedor a quién descontó las letras*».

A nuestro parecer esta es la decisión menos peligrosa para el sistema y, después de todo, la que mejor comulga con ambos cuerpos normativos. Los votos particulares formulados por el Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO y el Excmo. Sr. D. Rafael SARAZA JIMENA; ponen su acento en que al tiempo de la resolución contractual el comprador tendría derecho a reclamar la devolución de las cantidades pagadas, pero no así de los efectos cambiarios que hubieran sido entregados y no estando vencidos, hubieran sido descontados o endosados a terceros. Llegado el vencimiento el tenedor de la letra podría reclamar su pago.

Sin ánimo de desmerecer la reflexión del citado voto particular, seguimos pensando que la opción adoptada por la mayoría de la Sala es la más coherente, especialmente por dos motivos.

En primer lugar por una coherencia sistémica, en tanto que el Tribunal Supremo ha propugnado toda una doctrina relativa a la acción directa de las subcontratas, consistente en que la entrega de una letra de cambio no equivale al pago, por lo que con independencia de haber entregado a la entidad promotora tal documento, la propiedad no queda exonerada de atender a las reclamaciones de las subcontratas siempre que se produzcan antes de la fecha de vencimiento de la letra, con independencia de que ello le genere un doble pago si el efecto cambiario hubiera circulado⁶.

En segundo lugar, porque la propia Ley Cambiaria y del Cheque arbitra medios de defensa del obligado al pago que no pueden ser desmerecidos. Nos referimos a la posibilidad de incluir la cláusula «no a la orden» en la letra de cambio, a fin de evitar los efectos del endoso (art. 14 Ley Cambiaria y del Cheque); o para el caso de que la entidad financiera hubiera participado de la relación negocial subyacente y considerase el obligado al pago que ha actuado de mala fe, sería perfectamente invocable la «*exceptio doli*». Claro que para el supuesto de que la entidad descontante no fuera la depositaria de la cuenta especial tal excepción no podría prosperar, pero es que en dicha situación tampoco sería responsable de acuerdo con la Ley 57/1968 de la devolución de las cantidades abonadas.

X. REFLEXIONES FINALES

En el presente estudio no hemos pretendido otra cosa que apuntar a modo de pequeños «trazos» los principales focos de debate relativos a la Ley 57/1968, en relación a la responsabilidad de las entidades financieras depositarias. Así, hemos dejado de lado otros posibles debates, tales como la responsabilidad solidaria de los administradores de la promotora incumplidora (STS de 23 de mayo de 2013, rec. 1423/2012.)

El hecho mismo de que continúe vigente una norma de la década de los 60', preconstitucional y sin apenas remiendos, casa mal en nuestra opinión con la manifiesta evolución de la línea jurisprudencial. Dicho sin paños calientes, la ley padece de varias y serias carencias, causadas en parte por ser una ley que ha preferido buscar la garantía en la interposición de un tercero más que en la exigencia de condiciones financieras consistentes a quienes se dedican a la promoción inmobiliaria, con lo que no se disminuye en modo alguno el riesgo de insolvencias; y si bien se traslada su riesgo a terceros, con ello no se consigue el interés principal perseguido por los compradores: disponer de una vivienda. Además, la protección del legislador no se extiende a la entrega de la vivienda con defectos o gravámenes jurídicos. Tampoco se ofrece por el legislador protección para el consumidor que, en lugar de satisfacer cantidades a cuenta de la construcción de la vivienda, otorgó un contrato de permuta de su solar por viviendas futuras.

Todo lo anterior por no hablar del tema que ha motivado nuestro estudio, y es la indeterminación reinante en lo que refiere a la responsabilidad de las entidades financieras depositarias. La redacción del artículo 1 de la Ley 57/1968 es confusa y susceptible de múltiples interpretaciones (a los antecedentes judiciales nos remitimos).

Igualmente resulta confuso el modo en que deben ser emitidos los documentos individuales de aval. Según el artículo 2 de la Ley 57/1968 en el contrato de cesión de viviendas deberá constar «referencia al aval o contrato de seguro» y deberá entregar «el documento en que se acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio». Sin embargo la entrega del documento de garantía individualizado en ese momento inicial es en ocasiones sumamente complejo. Pensemos por ejemplo en un seguro. Según la OM Hacienda de 29 de noviembre de 1968 (seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas) «a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro», pero no se incorporarán al contrato hasta que se acredite al asegurador la firma del contrato de compraventa.

Tampoco existe mención específica al modo en que puede afectar a la garantía la concesión de una prórroga al vendedor por parte de los compradores de la vivienda en construcción. No olvidemos que el artículo 1851 del Código Civil proclama que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza»; y sin embargo el artículo 3 de la Ley 57/1968, que prevé la posibilidad del consumidor de conceder una prórroga al promotor, no plantea el modo en que dicha prórroga pueda afectar a las garantías constituidas.

Nótese que con independencia de que la jurisprudencia decida decantarse por una interpretación u otra en cada una de estas líneas de discusión, no cabe duda de que una mejor redacción de la norma, en la que entre otras cosas se detalle y especifique las obligaciones de la entidad depositaria, evitaría posiblemente el litigio en sí mismo —siempre costoso y de desgaste para las partes—, la existencia de resoluciones contradictorias en el seno de la jurisprudencia menor (por no decir que también en la «mayor»), enriquecería el utópico principio de seguridad jurídica y, dicho sea de paso, facilitaría la labor de los distintos operadores jurídicos.

A nuestro parecer, si bien la doctrina del Tribunal Supremo invitaría «a priori» a confiar en la defensa del Banco al amparo de no haber prestado el documento de aval individual, o no existir un contrato de apertura de cuenta especial; es un hecho contrastable que la doctrina mayoritaria entre las audiencias provinciales deriva responsabilidad a la entidad depositaria. Ello bien atendiendo a lo que consideran una interpretación teleológica del precepto legal, y el único modo factible de defensa del bien jurídico protegido; bien atendiendo —aun indirectamente— a la doctrina de la culpa «in vigilando» en el que incurriría la entidad financiera por permitir las entregas a cuenta sin las garantías legalmente establecidas. Ahora bien, parece lo lógico pensar que estas responsabilidades solo podrán irrogarse en los supuestos en los que la entidad financiera hubiera constituido cuenta especial y tuviera el ánimo de constituirse en depositaria a los efectos previstos en la Ley 57/1968.

El Tribunal Supremo, a nuestro parecer, no ha sabido imponer su criterio en un principio —en el que aparentemente abogaba por una interpretación restrictiva del precepto legal a la hora de derivar responsabilidad a la entidad financiera depositaria—, y ahora simplemente, pese a haber salido al paso de distintos núcleos de debate, no ha perfilado con la suficiente claridad su postura relativa al verdadero «*punctum saliens*» de la cuestión, a saber: qué requisitos deben cumplirse para que deba responder la entidad depositaria de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores.

Por ello quisiéramos terminar este trabajo rescatando una famosa reflexión realizada por ERASMO DE ROTTERDAM⁷ en el siglo XVI;

«Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, dirigidas al bien común, conocidas al detalle por el pueblo, por lo que los antiguos las exhibían públicamente escritas sobre un tablero blanco (el llamado «álbum»), para que fuesen vistas por todos. Es feo que algunos hagan uso de las leyes como si fuesen trampas para enredar en ellas al mayor número posible, no como quien vela por el interés de la república, sino como quien captura una presa. Finalmente, redáctense las leyes con palabras claras y sin ambigüedad alguna, para que no haya necesidad de ese costosísimo linaje de hombres que se llaman jurisconsultos y abogados».

XI. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. *Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones*. Marcial Pons, 2009.
DE ROTTERDAM, Erasmo (Geert Geertsen) *Educación del Príncipe Cristiano*, 1516.

XII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- SAP Burgos número 13/2014, sección 3.ª, de fecha 15 de enero
- STS, Sala Primera, de 16 de enero de 2015
- SAP Navarra, Sección 3.ª, de 12 de diciembre de 2012
- STS, Sala Primera, de 7 de mayo de 2014
- STS, Sala Segunda, de 5 de abril de 1995
- STS, Sala Primera, de 5 de febrero de 2013
- SAP Vizcaya, Sección 3.ª, de 19 de marzo de 2014
- SAP Burgos, Sección 2.ª, de 25 de octubre de 2012
- SAP Valladolid, Sección 3.ª, de 23 de junio de 2014
- STS, Sala Segunda, de 15 de septiembre de 2010
- SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 14 de noviembre de 2013
- STS, Sala Primera, de 16 de enero de 2015
- STS, Sala Primera, de 13 de enero de 2015
- SAP Alicante, Sección 8.ª, de 22 de marzo de 2013
- STS de 20 de enero de 2015
- SAP Alicante, Sección Sexta, de 19 de diciembre de 2013
- AAP Cádiz, Sección 8.ª, de 1 de octubre de 2010
- AAP Cádiz, Sección 8.ª, de 7 de febrero de 2011
- STS, Sala Primera, de 23 de marzo de 2015
- STS, Sala Primera, de 24 de abril de 2014
- STS, Sala Primera, de 16 de abril de 2014
- STS, Sala Primera, de 23 de mayo de 2013

NOTAS

¹ De optarse por esta vía por el accionante, para la entidad demandada sería tan sencillo como aducir falta de legitimación activa, al no ser titular del contrato de cuenta corriente, o falta de legitimación pasiva, al no ser el Banco parte en el contrato de compraventa.

² «Tratado de Derecho Mercantil. Las entidades de crédito y sus operaciones». Marcial Pons.

³ En la misma línea, Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 1 de octubre de 2010; o de la misma Sección de 7 de febrero de 2011.

⁴ Entre otras muchas puede verse también la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, de 19 de diciembre de 2013.

⁵ Ítem más en sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de los corrientes, rec. 196/2013, se ha declarado que el retraso en la entrega de vivienda, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato. NO resulta aplicable la doctrina jurisprudencial general que considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del negocio.

⁶ A tales efectos puede verse la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2014, rec. 2340/2011.

⁷ *Institutio Principis Christiani*, 1516.