

## LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS POR LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDA

*Carlos M<sup>a</sup> Díaz Teijeiro*

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de La Coruña

---

TITLE: *Bank's liability for receiving the advanced payment in the housing purchase.*

RESUMEN: La Ley 57/1968 impuso a los promotores inmobiliarios la obligación de ingresar las cantidades anticipadas por el comprador de vivienda en una cuenta corriente especial. Aparte de las consecuencias jurídicas que puedan resultar del incumplimiento de esta obligación para el promotor, la entidad bancaria en la que se depositen esos anticipos puede incurrir en responsabilidad. En este trabajo se analizan los presupuestos y consecuencias de la responsabilidad del banco depositario.

ABSTRACT: *The Act of June 27<sup>th</sup> 1968 (n. 57/1968) imposes on real estate developers the obligation to deposit the advanced payment done by the buyer in a special bank account. Setting aside the legal consequences that may result from the breach of this obligation by the developer, the financial entity in which those payments are deposited can be liable as well. This paper analyses the requisites and consequences of bank's liability.*

PALABRAS CLAVE: compraventa de vivienda; responsabilidad del banco; cantidades anticipadas; responsabilidad contractual y extracontractual; responsabilidad solidaria en garantía.

KEY WORDS: *housing purchase; bank's liability; advanced payment; contractual and non-contractual liability; joint liability as a guarantee*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS. 3. UN ENSAYO DE CLARIFICACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Sin perjuicio de su eventual sanción penal, fue práctica frecuente que los promotores inmobiliarios aplicasen las cantidades anticipadas por los compradores a fines distintos a la construcción de las viviendas comprometidas. Esta práctica, y la situación de riesgo que acarrea para los compradores que habían adelantado parte del precio final de una vivienda en proyecto o en construcción, motivaron una intervención legislativa. Según se declara en su Preámbulo, por medio de la Ley 57/1968, de 27 de julio, «sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas» se trató de «establecer [...] normas preventivas que garantizaran tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes [...] a la construcción de su

vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto»<sup>1</sup>. Con esta finalidad, la Ley impuso a los promotores inmobiliarios dos obligaciones: una, garantizar, mediante contrato de seguro o aval solidario, la devolución de las cantidades entregadas por los compradores para el caso de que la construcción no llegase a buen fin; y la otra, percibir estas cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria, en la que habrían de quedar depositadas en una cuenta corriente especial (artículo 1.º Ley 57/1968).

En consonancia con el propósito declarado en su Preámbulo, puede afirmarse que la Ley 57/1968 se promulgó con la finalidad de proteger al comprador que adelantaba cantidades de dinero a cuenta del precio final de una vivienda<sup>2</sup>. Pero, en los años que siguieron a su promulgación, parece que la inaplicación e inobservancia de la citada disposición legal constituyó experiencia común. Tal vez a ello contribuyese el Tribunal Supremo, que, en alguna ocasión, calificó la Ley como predominantemente administrativa, rechazando que el incumplimiento de las obligaciones legales impuestas a los promotores inmobiliarios mereciese sanción civil<sup>3</sup>.

Mas, la situación económica padecida en los últimos tiempos hizo acuciante la defensa del comprador que, habiendo adelantado parte del precio de una vivienda, vio frustrado su interés en la entrega de una vivienda ultimada. Ello determinó un «renacer» de la Ley 57/1968: la norma comenzó a ser invocada con frecuencia ante los tribunales, que terminaron por asumir una nueva orientación jurisprudencial. A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 9 marzo 2016 (RJ 955) declara:

«La doctrina de esta Sala interpretativa de la Ley 57/1968 ha avanzado en la línea de interpretar dicha norma como pionera en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada [...]. Esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/1968 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Sobre los antecedentes que motivaron su promulgación, pueden verse: CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las garantías del comprado por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, 1995, pp.9-11; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp.19-23.

<sup>2</sup> Cfr. STS 8 marzo 2001 (RJ 2731).

<sup>3</sup> Cfr. Ss. TS 9 junio 1986 (RJ 3298) y 15 noviembre 1999 (RJ 8217).

<sup>4</sup> Asimismo, vid: Ss. TS 20 enero 2015 (RJ 361), 30 abril 2015 (RJ 2017), 9 marzo 2016 (RJ 955), 1 junio 2016 (RJ 2314), ATS 8 noviembre 2016 (JUR 249288). El propio Tribunal Supremo ha admitido que la jurisprudencia sobre la Ley 57/1968 se ha conformado «sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera»; cfr. S. 21 diciembre 2015 (RJ 5403). Sobre el «renacer» de esta Ley, pueden verse: DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. II, núm. 9, 2015, p.127; SALAS CARCELLER, A.,

Pues bien, siempre con una decidida opción en favor del comprador, el Tribunal Supremo ha ido resolviendo distintos aspectos suscitados por la aplicación de la Ley 57/1968. Con carácter fundamental, las cuestiones decididas son las siguientes: primera, la sanción que merece el incumplimiento del plazo fijado en el contrato para la entrega de la vivienda; segunda, los presupuestos y límites de la responsabilidad de la entidad que avala o asegura la obligación del promotor inmobiliario de devolver las cantidades anticipadas en el caso de que la construcción de la vivienda proyectada no se inicie o no se ultime; tercera, las consecuencias que se siguen del incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades de dinero anticipadas y de ingresarlas en una cuenta corriente especial; y cuarta, la responsabilidad de la entidad bancaria que percibe las cantidades anticipadas por el comprador en una cuenta corriente que no reúne la cualidad de «cuenta especial».

Dos razones aconsejan limitar el objeto de este trabajo a la última de las cuestiones enunciadas. En primer lugar, porque respecto de los demás asuntos citados existe ya abundante bibliografía. En segundo lugar, porque el tema de la responsabilidad de la entidad bancaria que percibe los anticipos en una cuenta corriente ordinaria constituye como una etapa final en el desarrollo jurisprudencial que requiere, a mi parecer, una cierta clarificación. Como el propio Tribunal Supremo ha reconocido, la jurisprudencia acerca de la Ley 57/1968 no se ha formado *in uno actu*, sino que es producto de una evolución en diversas «fases»<sup>5</sup>. Es a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 21 diciembre 2015 (RJ 5403) que se abre esta nueva etapa, que puede considerarse el hito final en el desarrollo jurisprudencial de la Ley 57/1968, así como la clave de cierre del sistema de protección del comprador de vivienda que anticipó cantidades de dinero a cuenta del precio final.

Pero conviene hacer una advertencia. En el momento en el que la jurisprudencia tomaba una forma clara y precisa, la norma a la que se viene haciendo referencia fue derogada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, «de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras». Además, esta Ley modificó la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, «de Ordenación de la Edificación», que regula la «percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción». Según parece –al menos, así lo juzga algún autor–, la Ley 20/2015 fue promulgada con el propósito de limitar las consecuencias de la orientación *pro*

---

«Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, p.92.

<sup>5</sup> Así, referidas a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas: Ss. TS 11 abril 2013 (RJ 3490), 19 julio 2013 (RJ 5921), 6 enero 2015 (RJ 2324) o 16 enero 2015 (RJ 278).

*consumatore* que asumió el Tribunal Supremo al interpretar la Ley 57/1968. Así pues, el renacer en la aplicación de la Ley de 1968 estaría detrás de su propia derogación<sup>6</sup>.

Con todo, es previsible que la Ley 57/1968 continúe, al menos por un tiempo, siendo objeto de pronunciamientos judiciales y de la reflexión de los autores. Aparte de su eficacia en relación con las situaciones jurídicas que surgieron durante su vigencia (*ex* artículo 2.3 CC), la nueva regulación sobre cantidades anticipadas para la adquisición de una vivienda [Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación] es semejante a la derogada. Siendo ello así, puede reconocerse aun alguna *virtualidad* a la Ley 57/1968: con mucha probabilidad, los tribunales interpretarán la nueva regulación de acuerdo con los propios criterios jurisprudenciales formulados al aplicar la Ley derogada<sup>7</sup>.

Esta última consideración resulta especialmente apropiada en relación con el tema que constituye el objeto principal de este trabajo. En lo que concierne a la responsabilidad de la entidad bancaria que admite el ingreso de cantidades anticipadas en una cuenta corriente ordinaria, el texto legal que sirvió de fundamento a la jurisprudencia que aquí se analiza permanece inalterado<sup>8</sup>. En este punto, aparte de la supresión de una referencia a las Cajas de Ahorros y la inclusión, con fin aclaratorio, de la mención a los supuestos de promoción por comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, el texto vigente de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación es fiel trasunto del artículo 1.º de la Ley 57/1968. En concreto, dicha Disposición Adicional Primera dispone que, quienes promuevan la construcción de viviendas, habrán de

«percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas

<sup>6</sup> Sobre las razones de la derogación: ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.21.

<sup>7</sup> Vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L., *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*, Reus, Madrid, 2017, pp.23-24. Para la nueva regulación, además de esta obra y de la citada en la nota anterior, puede verse: LÓPEZ SAN LUIS, R., «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2017, pp.2349-2390.

<sup>8</sup> Vid. PÉREZ VEGA, A., «Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016, pp.178-179; SILLERO CROVETTO, B., «La protección del comprador de vivienda», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, 2016, pp.77-78.

cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior».

El último inciso del artículo transcrito reproduce, en su literalidad, el derogado artículo 1.º de la Ley 57/1968, que fue el texto legal en el que el Tribunal Supremo ha fundamentado su doctrina acerca de la responsabilidad de las entidades depositarias. Podría afirmarse que, en lo atañe al tema de este trabajo, ha cambiado el *título* en el que se habrá de fundamentar la solución del conflicto, pero no tanto los criterios que permitirán decidir al juez. Siendo ello así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo conserva valor de pronóstico respecto de futuras decisiones judiciales.

## 2. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS BANCOS

Según se anticipó, la Sentencia 21 diciembre 2015 (RJ 5403) representa la fase final en el desarrollo jurisprudencial de la Ley 57/1968. Con carácter general, el conflicto del que trae causa la resolución mencionada se puede resumir de la manera siguiente: en virtud de un contrato de compraventa de una vivienda sobre plano, un particular se comprometió a adelantar, en plazos determinados, parte del precio final; habiendo cumplido de modo puntual su obligación y como la promotora inmobiliaria, aun después de la concesión de una prórroga del plazo de entrega, no había finalizado la construcción de la vivienda, la compradora solicitó al juez que la tuviese por «desistida» del contrato de compraventa y que condenase solidariamente a la vendedora y a la entidad bancaria en la que se habían efectuado los ingresos a la devolución de los anticipos. Entre otros extremos, resultó probado que la entidad bancaria no exigió la constitución de las garantías previstas en la ley para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por la compradora; que admitió el ingreso de estos anticipos en una cuenta ordinaria que no reunía la cualidad de cuenta especial; y que no pudo desconocer el destino de los anticipos, puesto que en el documento de ingreso constaba su razón –«reserva de vivienda», «20% vivienda»–.

En casación, la controversia se reduce a la cuestión de la responsabilidad de la entidad bancaria y de cuál sea el alcance que deba darse al inciso final de la «condición segunda» del artículo 1.º de la Ley 57/1968. Tras imponer a los vendedores la obligación de percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria y a depositarlas en cuenta especial, dicha norma establece que *«para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria [...], bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior»*. En suma: obligación del vendedor de depositar

los anticipos en una cuenta corriente especial<sup>9</sup>; y obligación de la entidad bancaria – «[...] *bajo su responsabilidad* [...]»– de exigir la constitución de seguro o aval ordenados a garantizar la devolución de los anticipos, como requisito para la apertura de esa cuenta corriente especial.

Pues bien, interpretando el tenor de la «condición segunda» del mencionado artículo 1.º, el Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «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 abiertas en dicha entidad».

En este punto se confirma una conclusión que ya se anunció; a saber: que la Sentencia 21 diciembre 2015 (RJ 5403) cierra el régimen que ampara al comprador de vivienda que adelantó cantidades a cuenta del precio final. Ello porque, cuando sea conocida la insuficiencia patrimonial del vendedor o promotor y falle el sistema de protección diseñado por la Ley 57/1968, al no haberse constituido las garantías exigidas –contrato de seguro o aval solidario–, el adquirente todavía podrá reclamar la restitución de las cantidades adelantadas al banco en el que fueron depositadas, si es que este incurrió en la responsabilidad que sanciona el artículo 1.º de la Ley.

Además, esta posibilidad comporta una ventaja de orden práctico cuando el vendedor esté sometido a un proceso concursal. Y es que, declarado el concurso del vendedor-promotor, el comprador no podría reclamarle la restitución de los anticipos en juicio declarativo, quedando integrado su crédito en la masa pasiva del concurso; crédito ordinario o sin privilegio y, por consiguiente, sometido estrictamente a la regla *par conditio* (ex artículos 50.1, 49.1 y 89.3 Ley Concursal). Pero, al comprador, se le abre ahora una vía para salvar este escollo puesto que podrá demandar la restitución de los anticipos a la entidad bancaria en la que quedaron depositados, en vez de al vendedor-promotor en «*estado de insolvencia*».

Aparte de la consideración anterior, interesan otros extremos de la Sentencia que es objeto de examen, por cuanto contribuyen a perfilar la responsabilidad de las entidades bancarias. En primer lugar, en contra de lo alegado por el banco, que en su escrito de contestación a la demanda ya había argumentado su falta de legitimación

<sup>9</sup> Cfr. Ss. TS 22 septiembre 1997 (RJ 6410), 30 diciembre 1998 (RJ 9983) y 13 enero 2015 (RJ 352). Entre otros muchos, vid: CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Comentario a la Sentencia 22 septiembre 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998, pp.67-69.

pasiva por considerarse un tercero ajeno al contrato de compraventa, el Tribunal Supremo concluye que «la ‘responsabilidad’ que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor». En segundo lugar, afirma la sentencia que, en virtud de esa responsabilidad que la ley les impone, las entidades de crédito asumen un «especial deber de vigilancia sobre el promotor». Por último, y este es un extremo de suma importancia, la sentencia anuda la responsabilidad de la entidad bancaria a la posibilidad de conocer que los ingresos realizados por los particulares consistían en el anticipo de parte del precio final de una vivienda: «precisamente porque esta [la entidad bancaria] 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 art. 1-2ª de la Ley 57/1968»<sup>10</sup>.

En ulteriores resoluciones, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aclarar distintas cuestiones relacionadas con el tema de este trabajo. De entrada, se ha hecho tónica la cita de la Sentencia 21 diciembre 2015 (RJ 5403), reproduciendo las consideraciones antes transcritas acerca de la responsabilidad de la entidad bancaria que admite el ingreso de anticipos del precio final de una vivienda en una cuenta corriente que no reúne la cualidad de cuenta especial. La solución es siempre la misma: con estos presupuestos, la entidad responde frente a los adquirentes por el importe de todos los anticipos ingresados en la cuenta de carácter ordinario abierta a nombre del promotor<sup>11</sup>.

Mas, con ocasión de algunos litigios en los que el adquirente de vivienda se había alzado con la pretensión de que se condenase al banco a la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio final, el Tribunal Supremo ha aclarado que

<sup>10</sup> En contra de lo resuelto por el Tribunal Supremo, la SAP Alicante 4 julio 2012 (JUR 365502) había absuelto a la entidad bancaria. Ello, porque se consideró que la falta de cuenta especial y la concesión de un préstamo hipotecario para la financiación de las obras emprendidas por la promotora-vendedora no constituían razones suficientes para hacer surgir «un deber de afianzamiento o aseguramiento por la entidad demandada». «Y si bien pudo tener conocimiento del concepto por el que la demandante efectuó los ingresos de cantidades en la cuenta que la promotora tenía en la [entidad bancaria] –continúa la sentencia de instancia–, ello no le obligaba a exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial, puesto que no existe obligación legal alguna que imponga a la entidad crediticia exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial destinada a recibir los ingresos por pago anticipado del precio».

<sup>11</sup> Entre otras, vid: Ss. TS 9 marzo 2016 (RJ 955), 17 marzo 2016 (RJ 862), 8 abril 2016 (RJ 1239), 18 julio 2017 (RJ 3643) o 23 noviembre 2017 (RJ 5067).

las entidades bancarias no responden «a todo trance a modo de garante superpuesto siempre al avalista o asegurador»<sup>12</sup>.

En primer lugar, queda a salvo de la reclamación de devolución de los anticipos, la entidad bancaria que se limitó a financiar la promoción inmobiliaria pero que no admitió el ingreso o el depósito de anticipos. En efecto, habiéndose solicitado la condena solidaria a la devolución de las cantidades adelantadas a cuenta del precio final de una vivienda de dos entidades bancarias, una de las cuales había admitido el ingreso de los anticipos en una cuenta ordinaria y la otra se había limitado a financiar la promoción inmobiliaria, el Tribunal Supremo condenó a la primera de las entidades bancarias y absolvió a la segunda. Resolviendo esta cuestión, la Sentencia 16 enero 2015 (RJ 278) declara lo siguiente:

«[La Ley 57/1968] impone obligaciones a la entidad financiera a través de la cual la promotora percibe los anticipos de los adquirentes, pero no se refiere a la entidad financiadora de la promoción ni a aquellas entidades de crédito que pudieran percibir los fondos posteriormente. En definitiva, no cabe [...] exigir la responsabilidad a la entidad financiera que, como la recurrente, es distinta de aquella a través de la cual la promotora percibió las cantidades entregadas por los adquirentes [...]»<sup>13</sup>.

En segundo lugar, referidas a contratos de compraventa que tenían por objeto viviendas que no se habrían destinado a un uso residencial por parte de los compradores, por ser estos profesionales del mercado inmobiliario o adquirentes con propósito especulador, varias resoluciones judiciales han excluido la responsabilidad de la entidad bancaria en la que se depositaron o ingresaron anticipos del precio, aun cuando se realizasen en una cuenta corriente ordinaria y no especial. En distintas sentencias, el Tribunal Supremo liga esta solución a la «finalidad protectora o tuitiva» que persigue la Ley en relación con quien compró una vivienda «para un fin residencial». Pero esto no excluye la posibilidad de que el vendedor y el comprador con fines especuladores acuerden someterse a la Ley 57/1968; posibilidad que ha sido admitida en varias ocasiones<sup>14</sup>. Como ejemplo de la jurisprudencia que excluye la aplicación de la Ley 57/1968 cuando el comprador adquiere la vivienda para destinarla a un fin distinto al residencial, cabe citar la Sentencia 1 junio 2016 (RJ 2314):

«La interpretación de la Ley 57/1968 en el sentido de excluir de su ámbito de protección a quienes [...] son profesionales del sector inmobiliario, y también a quienes invierten en la compra de viviendas en construcción para revenderlas durante el proceso de

<sup>12</sup> Cfr. Ss. 16 noviembre 2016 (RJ 6303), 14 septiembre 2017 (RJ 4010), 23 noviembre 2017 (RJ 5067).

<sup>13</sup> En el mismo sentido, vid: Ss. TS 1 julio 2016 (RJ 2314) y 7 julio 2016 (RJ 2898).

<sup>14</sup> Vid. Ss. TS 19 septiembre 2013 (RJ 7427), 9 septiembre 2015 (RJ 4180), 14 septiembre 2016 (RJ 4433) y 21 marzo 2018 (RJ 1152).



edificación, o bien al finalizar el mismo mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa a favor de un comprador diferente, no debe quedar alterada por la referencia a 'toda clase de viviendas' en la d. adicional 1.ª de la LOE [...]. La expresión 'toda clase de viviendas' elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compran, pero no puede equipararse a 'toda clase de compradores' para, así, extender la protección a los profesionales del sector inmobiliario o a los compradores especuladores»<sup>15</sup>.

En los dos supuestos hasta aquí considerados, la exclusión de la responsabilidad de la entidad bancaria obedece a la imposibilidad de aplicar la Ley 57/1968: bien, porque la entidad financiadora de la promoción inmobiliaria no queda sometida a las obligaciones que establece la Ley respecto de las entidades bancarias en las que se depositen los anticipos; o bien, porque quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma, los supuestos en los que la vivienda objeto del contrato de compraventa no se destine por el comprador a un «fin residencial».

Pero, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo ha rechazado condenar a entidades bancarias que habían admitido el ingreso de anticipos en cuentas corrientes ordinarias; y ello, aun cuando el supuesto enjuiciado pudiese caer bajo la aplicación de la Ley. Es el caso de la Sentencia 19 septiembre 2018 (RJ 4164) que, en contra de la pretensión de un grupo de adquirentes de viviendas que demandaban la restitución de las cantidades adelantadas a cuenta del precio final, absuelve a la entidad depositaria. Pero el fallo viene motivado por las especiales circunstancias que concurrían en el supuesto enjuiciado: el contrato de compraventa estipulaba que los anticipos se ingresarían en una determinada cuenta corriente especial; los compradores se apartaron de lo convenido en cuanto al calendario de pagos y al modo en que se adelantarían las cantidades a cuenta del precio final; los anticipos fueron depositados en el banco por medio de persona interpuesta, una compañía mercantil sin relación aparente con la promotora-vendedora, que omitió, al realizar los ingresos, cualquier referencia a su singular naturaleza; por último, la cuenta corriente en la que los anticipos quedaron depositados, carecía de la condición de cuenta especial, antes bien, se trataba de una cuenta ordinaria abierta a nombre de la promotora-vendedora en la que se realizaban numerosos y variados apuntes. La citada resolución declara lo siguiente:

«El art. 1.2.ª de la Ley 57/1968 impone unos rigurosos deberes de control a las entidades de crédito para proteger a los compradores de viviendas en construcción, pero en ningún caso ampara a quienes, como los compradores recurridos, contratan por medio de una sociedad, prescinden de la cuenta indicada en sus contratos para el ingreso de los anticipos y, en fin, los ingresan por medio de otra sociedad en una cuenta diferente y una

<sup>15</sup> Además, pueden verse: Ss. TS 24 junio 2016 (RJ 4065), 16 noviembre 2016 (RJ 6303), 26 octubre 2017 (RJ 4788) o 21 marzo 2018 (RJ 1152). En alguna ocasión, el Tribunal Supremo consideró que la condición de «consumidor» del adquirente se constituía en requisito para la aplicación de la Ley 57/1968: cfr. S. 25 octubre 2011 (RJ 2012, 433).

entidad de crédito distinta». Con idéntica orientación, la Sentencia 24 enero 2018 (RJ 236) concluye que no hay razón para condenar a la entidad depositaria de los anticipos «si [...] exigió al promotor la apertura de la cuenta especial sujeta a todos los controles establecidos por la ley; si informó a los hoy recurrentes de la necesidad de ingresar los anticipos en dicha cuenta especial para que quedase garantizada su devolución; si entregó los correspondientes avales a los compradores que así lo hicieron; [...]; y en fin, si todos los hoy recurrentes eran sabedores de que tenían que ingresar los anticipos en la cuenta especial para que quedaran debidamente garantizados [...], y ‘por el motivo que fuera’ no lo hicieron».

En otras sentencias, el Tribunal Supremo ha alcanzado esta misma conclusión para casos en los que el adquirente anticipó cantidades a cuenta del precio final apartándose de lo indicado en el contrato de compraventa, sin que el banco depositario tuviese posibilidad de conocer la naturaleza de los ingresos. A título de muestra: Ss. 24 junio 2016 (RJ 4065), 16 noviembre 2016 (RJ 6303), 14 septiembre 2017 (RJ 4010) o 28 febrero 2018 (RJ 860). Mas, en los supuestos enjuiciados por estas sentencias, concurrían otros elementos que excluían la responsabilidad del banco: en el caso de las dos primeras, se consideró inaplicable la Ley 57/1968 porque la adquisición de la vivienda respondía a fines especulativos; en el caso enjuiciado por la tercera sentencia citada, el Tribunal Supremo consideró que la entidad depositaria había cumplido su obligación de abrir cuenta corriente especial; y en el caso de la última resolución mencionada, el adquirente no probó que hubiese realizado ingresos en cuentas corrientes abiertas en el banco demandado<sup>16</sup>.

Todo lo anterior permite concluir que la entidad depositaria no responde con carácter objetivo de la devolución de los anticipos realizados por los compradores de vivienda –«no es una responsabilidad a todo trance», según la expresión usual en la

<sup>16</sup> Referida a una demanda frente a la entidad avalista, la STS 29 junio 2016 (RJ 3158) asumió el mismo criterio: «debe descartarse la responsabilidad de la avalista demandada por la cantidad de 33.300 euros, pues aunque en la instancia se haya dado por probada su entrega al promotor-vendedor, lo cierto es que no se corresponde con el contrato de compraventa, que ninguna mención ni precisión contiene acerca de ese anticipo, y tampoco se explica en la demanda esa falta de correspondencia con el calendario de pagos previsto en el contrato [...]. En definitiva, se sustrajo esa cantidad de 33.300 euros a cualquier posibilidad de conocimiento y control por la entidad bancaria demandada, porque a su absoluta falta de mención en el contrato se unió su falta de ingreso en la cuenta especial indicada en el contrato [...]. Por ‘cantidades entregadas en efectivo’ [...] o por ‘entregas de dinero’ [...] habrán de entenderse, por regla general, las percibidas por el promotor ‘a través de una Entidad bancaria’ [...], ya sea por ingreso directo del comprador en la entidad de que se trate, ya por transferencia, [...], lo que no excluye que en cada caso sea preciso ponderar la capacidad de control de la entidad avalista o aseguradora». Esta decisión matiza una orientación jurisprudencial anterior conforme a la cual, correspondiendo al vendedor-promotor la obligación de ingresar en cuenta especial las cantidades anticipadas por los compradores, la entidad avalista responde de todos los anticipos frente al adquirente, con independencia de la cuenta corriente en la que se ingresasen: Ss. TS 13 enero 2015 (RJ 352), 30 abril 2015 (RJ 2017) o 4 julio 2017 (RJ 3684).

jurisprudencia—. De las decisiones reseñadas cabe inferir que el Tribunal Supremo ha terminado por anudar la responsabilidad de los bancos a la posibilidad de conocer que las cantidades depositadas constituían anticipos del precio de una vivienda. Cuando, de algún modo, el propio adquirente de vivienda le haya hurtado a la entidad bancaria dicha posibilidad, no podrá exigirle después la devolución de los anticipos. En definitiva, la entidad depositaria no responde cuando no media *culpa*. Mas, este argumento de defensa —aparentemente, el único con posibilidades de éxito si ha de aplicarse la Ley 57/1968— se ve atenuado por la diligencia que deben observar las entidades bancarias en el desempeño de su actividad; diligencia, que va más allá del canon expresado en el párrafo segundo del artículo 1.104 CC. A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que el modelo de conducta al que se debe acomodar el banco no es el del buen padre de familia, sino el de *comerciante experto* que ejerce normalmente actividades de depósito y comisión, razón por la que se le exige un cuidado especial en su desempeño<sup>17</sup>.

Sobre este particular, se ha llegado a plantear la cuestión de si pueden incurrir en responsabilidad las entidades que admitan el descuento de efectos cambiarios empleados por el comprador para anticipar parte del precio de una vivienda. El supuesto al que cabe reducir los distintos casos enjuiciados, que solo excepcionalmente han trascendido a casación, es el siguiente: los compradores aceptan letras de cambio como medio para anticipar parte del precio de la vivienda; el vendedor endosa la letra en favor del banco para su descuento; el importe descontado no se abona en una cuenta corriente especial. Concurriendo estas circunstancias, ¿procede declarar la responsabilidad de la entidad que abonó el descuento? Como era de esperar, en los casos analizados, las entidades bancarias que habían descontado letras argumentaron que el carácter *abstracto* del título hacía imposible conocer cuál era la relación causal que ligaba al aceptante de la letra —comprador— y a su endosante —vendedor-promotor—; y que las excepciones o motivos de oposición que mediasen en la relación comprador-vendedor no podían afectar al endosatario, adquirente de un derecho *autónomo*.

Sometida la cuestión a la consideración del Tribunal Supremo, la decisión siempre ha sido favorable al banco que descontó la letra aceptada. Las razones en las que se ha justificado esta solución son, fundamentalmente, tres: la primera, el carácter autónomo de la posición jurídica que asume el endosatario, que lo sitúa al margen de las vicisitudes de la relación jurídica causal entre vendedor y comprador; la segunda, el

<sup>17</sup> Cfr. S. 15 julio 1988 (RJ 5717). Vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.<sup>ª</sup>C., «La responsabilidad de las entidades de Crédito en su actuación profesional», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 38, 1990, pp.330-331.

comprador aceptante de las letras no puede oponer la *exceptio doli* al banco endosatario, quien las descontó sin posibilidades de conocer o de anticipar el futuro incumplimiento de su endosante –el vendedor-promotor–; la tercera, la obligación de que el importe del descuento se deposite en cuenta corriente especial no sujeta al banco que descontó la letra. Según creo, esta última razón merece ser reconsiderada pues encierra la respuesta al interrogante planteado.

Salvo omisión, y aparte el Auto 21 octubre 2015 (JUR 254989), la cuestión fue decidida en cinco Sentencias: cuatro, con la misma fecha de 24 abril 2014 (RJ 2979, 3029, 3043, 3044); y una, con fecha de 25 noviembre 2014 (RJ 6008). En lo que ahora interesa –tercera de las razones argüidas por el Tribunal Supremo–, en las sentencias que llevan por fecha 24 abril 2014, se declara:

«La obligación que impone la ley 57/1968 [...] de que las cantidades entregadas por el comprador a cuenta del precio de una vivienda en construcción sean depositadas en una cuenta especial, [...], no impide que si para estos pagos el comprador ha entregado letras de cambio, [...] puedan descontarse para obtener liquidez. [P]ermitir al tenedor legítimo del efecto cambiario ejercitar las correspondientes acciones contra el comprador de la vivienda, en tanto que obligado cambiario, no supone infracción del art. 1 de la Ley 57/1968 [...]. Será el dinero obtenido con el descuento el que tendrá que aplicarse a aquella cuenta especial, y el incumplimiento de esta obligación no afectará al banco descontante [...]. Entre otras razones porque el banco descontante puede no ser el depositario de las cuentas especiales [...]. Ni el banco tiene obligación de saber que estas concretas letras que le son entregadas para su descuento proceden de la venta de viviendas, pues [...] el análisis del riesgo que realiza para aprobar la operación de descuento es del cliente, el descontatario, en este caso F., dedicada al negocio inmobiliario, pero no sólo de promociones, [...], por lo que las letras descontadas bien pudieran proceder [...] de la ejecución de cualquier otra operación relacionada con el sector inmobiliario [...]. Si el banco descontante tuviera que conocer bajo riesgo de declarar nulo el descuento, el origen de las letras, y abstenerse de descontarlas, si no se cumplen obligaciones que derivan de normas que afectan a librador y a librado, paralizaría el tráfico, lo que resulta inaceptable, pues [...] supondría introducir en una operación tan arraigada como el descuento bancario, una excepción que tendría su fundamento en un relación subyacente entre librador y librado, que la normativa sectorial no exige, y sería contraria al régimen de oponibilidad al pago de la letra»<sup>18</sup>.

Las sentencias mencionadas resuelven la oposición del aceptante de la letra –el comprador– a la ejecución cambiaria instada por el banco endosatario que

<sup>18</sup> En el caso enjuiciado por la citada STS 25 noviembre 2014 (RJ 6008), concurre adicionalmente una circunstancia que podría explicar el fallo: el comprador que se opone al pago de la letra de cambio, había ejecutado el aval que garantizaba la devolución de las cantidades anticipadas; no obstante, frente al avalista, el comprador se limitó a reclamar el importe de las letras ya pagadas, omitiendo el de las letras aceptadas, pero todavía pendientes de vencimiento. A juicio del Tribunal Supremo, la reclamación frente al avalista fue «insuficiente o deficiente».

previamente había descontado el efecto cambiario. Cabe conjeturar que la decisión hubiese sido otra si la cuestión se hubiese planteado por un cauce distinto. Tratándose de un juicio cambiario, queda excluida la posibilidad de alegar la infracción de las obligaciones que la Ley 57/1968 impone a las entidades bancarias como motivo de oposición: contra la pretensión de ejecución del título, el aceptante de la letra no puede oponer más que alguna de las excepciones legalmente previstas (artículo 67 Ley Cambiaria y del Cheque y artículo 824 Ley Enjuiciamiento Civil). Pero, si el Tribunal Supremo hubiese tenido conocimiento de este asunto a causa de la reclamación del comprador contra el banco descontante, la decisión podría haber sido otra pues ya no se trataría de invocar una excepción a la ejecución cambiaria pretendida por el portador legítimo del título, sino de la posible responsabilidad del banco que, pudiendo haber conocido el propósito con el que se libró la letra, no abonó el importe de su descuento en una cuenta especial.

A lo que creo, de lo anterior puede entresacarse la siguiente conclusión: a la pretensión de ejecución de una letra de cambio no puede oponerse, ni el incumplimiento de las obligaciones que se siguen de la relación causal, ni el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Ley 57/1968. Mas, el banco que descontó el título cambiario, deberá abonar el importe del descuento en cuenta corriente especial si, en atención a las circunstancias del caso, puede inferir la finalidad de la aceptación de la letra (artículo 1.º Ley 57/1968). Por lo tanto, en contra de lo argumentado por el Tribunal Supremo, no hay disyuntiva entre el régimen jurídico de circulación de la letra de cambio –caracterizado por las notas de autonomía y abstracción– y el sistema de garantías diseñado por la Ley 57/1968 en favor del comprador de vivienda<sup>19</sup>. Sin formularla explícitamente, de algún modo apunta a esta conclusión la opinión disidente reflejada en el voto particular que acompaña a las cuatro sentencias de fecha 24 abril 2014:

«Estas previsiones legales [Ley 57/1968] no impiden que si el comprador sobre plano ha entregado letras de cambio para pago de las cantidades anticipadas, estas letras puedan descontarse. Pero si el descuento se hace con endoso, o consignando como tomador al descontatario, se impide que frente al tenedor que reúna la condición de tercero cambiario, el comprador aceptante de las letras pueda oponer las excepciones derivadas del incumplimiento del contrato de obra, y las garantías previstas en la Ley 57/1968 [...]. Cuando la disposición adicional primera de la LOE precisa que ‘la garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo

<sup>19</sup> En contra de la posibilidad del descuento, vid: FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., *La problemática de las garantías emitidas en cumplimiento de la normativa reguladora de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción. La nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación* (tesis doctoral), Universidad de Granada, 2016, pp.349-350.

o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley', está previendo que el pago de la letra de cambio deba hacerse en la cuenta especial [...]. La tesis de la sentencia deja en la práctica sin efecto la protección al comprador prevista en la normativa especial para la adquisición de viviendas en construcción. En atención al especial carácter tuitivo de la norma, [...], debemos interpretar la disposición adicional primera de la LOE en el sentido de que el pago de los efectos cambiarios entregados por el comprador para pago de los anticipos del precio de la vivienda en construcción, deben necesariamente satisfacerse en la 'cuenta especial', sobre la que se constituyen las medidas de garantía para su devolución. Lo anterior determina que estos títulos cambiarios no puedan circular de modo que pueda surgir un tercero cambiario, o, cuando menos, que, frente al tenedor o endosatario, el deudor cambiario pueda oponer las excepciones basadas en el incumplimiento del contrato de compraventa de vivienda sobre plano».

Está por ver si las consideraciones de este voto particular acabarán provocando un cambio de criterio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por lo de ahora, esta opinión tiene el mérito de haber anticipado la orientación asumida últimamente por las Audiencias Provinciales. Esta nueva orientación se concreta en lo siguiente: mediando alguna circunstancia que le hubiese permitido deducir la existencia de un anticipo a cuenta del precio de una vivienda, el banco que descontó la letra es condenado a restituir su importe; y ello, por razón de la diligencia que deben poner las entidades bancarias en el cumplimiento del *deber de control* al que les somete la Ley 57/1968. Así acontece cuando constituye un hecho notorio que el endosante de la letra se dedica a la promoción inmobiliaria, que suele ser el caso enjuiciado en las sentencias analizadas. En otras ocasiones, el tribunal deduce las posibilidades de conocimiento del banco descontante de su contribución a la financiación de la promoción inmobiliaria. Como ejemplo de esta orientación cabe citar la SAP Valencia 28 diciembre 2017 (JUR 2108, 114578)

«Es hecho notorio que F. se dedicaba exclusivamente a la actividad de promoción inmobiliaria y que por consiguiente las letras de cambio que pudiera recibir [...] se entregaban a F. [...] en concepto de cantidades entregadas a cuenta del pago de las unidades inmobiliarias [...]. La entidad de crédito al recibir las letras como tomadora de las mismas no podía razonablemente desconocer que la inmobiliaria estaba obligada legalmente a contratar un aval que garantizara la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las futuras viviendas [...]. Así las cosas, la entidad bancaria, en atención a los deberes de control y responsabilidad en la que incurre en la aplicación de la Ley 57/1968 [...], deberá gestionar el asunto con la diligencia de un experto comerciante y cuidando del mismo como si de uno propio se tratase. La negligencia en la que ha incurrido la entidad bancaria -al no haber recabado del promotor-constructor la documentación de soporte de la cambial y haberle exigido el íntegro cumplimiento de los deberes que la ley le imponía en esta materia, [...]-, merece ser conceptuada como grave, al constituir la vulneración de una norma imperativa [...]. En suma, la entidad de crédito, debió conocer que la inmensa mayoría de las letras de cambio que se aceptaran a instancia de F. lo serían en pago de

cantidades entregadas a cuenta de compra de unidades en construcción de promociones inmobiliarias (siendo presumible que se trataría de viviendas cuando como aquí aceptaba las letras una persona física), y conociendo que dichas letras de cambio debían domiciliarse en la cuenta especial prevista en la ley 57/1968, [...], debía haber exigido a F. para asumir la condición de tomadora de las letras bien que acreditara que había otorgado el aval legal preceptivo, bien que justificara que la letra no se había entregado para el pago de viviendas en construcción [...]»<sup>20</sup>.

En sentido contrario, ajustándose al criterio establecido por el Tribunal Supremo, fallan en favor del banco que descontó las letras: Ss. AP Cádiz 14 septiembre 2010 (JUR 2011, 72814), AP Burgos 17 noviembre 2010 (JUR 2011, 35502), AP Barcelona 14 enero 2011 (JUR 2011, 262125), AP Burgos 20 abril 2011 (JUR 2011, 197598), AP Burgos 10 mayo 2011 (JUR 2011, 239414), AP Burgos 18 mayo 2011 (JUR 2011, 206351), AP Burgos 27 febrero 2012 (AC 1407), AP Burgos 4 abril 2012 (JUR 2012, 150378), AP Barcelona 1 marzo 2012 (JUR 2012, 195165), AP Burgos 20 junio 2012 (JUR 2012, 263597), AP Barcelona 21 noviembre 2012 (JUR 2012, 231060), AP Barcelona 8 enero 2013 (JUR 2013, 73306), AP Burgos 31 enero 2013 (JUR 2013, 90740), AP Madrid 11 octubre 2013 (JUR 2013, 2452), AP Málaga 23 enero 2015 (JUR 2015, 223663) y AP Barcelona 11 diciembre 2015 (JUR 2015, 64867). Pero, en muchos casos, la posición asumida por este grupo de sentencias es consecuencia de orientaciones jurisprudenciales superadas; tales como: que la Ley 57/1968 tiene un carácter predominantemente administrativo, que la mencionada disposición normativa no impone a las entidades bancarias un deber de fiscalizar o controlar a los vendedores-promotores, o que los bancos son siempre terceros ajenos a la relación entre el comprador de la vivienda y el vendedor-promotor. Repárese en la fecha que llevan estas resoluciones judiciales, todas ellas anteriores a la STS 21 diciembre 2015 (RJ 2015, 5403), que, como se sabe, inicia un último desarrollo jurisprudencial en el asunto objeto de este trabajo<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Asimismo, vid: Ss. AP Granada 16 mayo 2017 (JUR 2017, 219350), AP Granada 12 julio 2017 (JUR 2017, 313300), AP Cádiz 5 marzo 2018 (JUR 2018, 257605), AP Valencia 9 junio 2018 (JUR 2018, 248590) y AP Cantabria 22 octubre 2018 (JUR 2018, 326917). Sin variar la solución, la cuestión también se ha elevado a los tribunales por medio de demanda de oposición al juicio cambiario instado por el banco al que el promotor-vendedor transmitió la letra para su descuento: Ss. AP Zaragoza 15 julio 2011 (JUR 2011, 317439), AP Murcia 2 marzo 2012 (JUR 2012, 129211), AP Málaga 10 mayo 2012 (JUR 2012, 302658), AP Zaragoza 19 junio 2012 (JUR 2012, 235428), AP Barcelona 9 noviembre 2012 (JUR 2013, 9399), AP Murcia 8 abril 2014 (JUR 2014, 126511), AP Las Palmas 13 mayo 2014 (JUR 2014, 212602), AP Málaga 23 junio 2015 (JUR 2015, 225353) y AP Málaga 30 junio 2015 (JUR 2015, 225910). Por lo demás, se impone esta solución cuando la letra de cambio es cedida sin endoso; en este caso, el cesionario no adquiere una posición jurídica autónoma e independiente a la de su cedente (*ex artículo 24 Ley Cambiaria y del Cheque*): Ss. AP Zaragoza 23 noviembre 2012 (JUR 2013, 113301) y AP Las Palmas 29 marzo 2017 (JUR 2017, 199203).

<sup>21</sup> Es cierto que alguna resolución judicial posterior ha decidido la cuestión en contra de lo interesado por el comprador. Pero la razón es coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: atendidas las circunstancias del caso, se estimó que la entidad que descontó las letras no pudo conocer que los efectos

En definitiva, recapitulando lo expuesto hasta aquí: con el presupuesto de que las circunstancias del caso permitan vislumbrar el especial destino de una orden de abono o de ingreso, el inciso «*bajo su responsabilidad*» de la «condición segunda» del artículo 1.º Ley 57/1968 ha servido de título para fundamentar la condena de los bancos que abonaron, en una cuenta corriente ordinaria, los adelantos del precio final de una vivienda. Corresponde a la jurisprudencia el mérito de haber fijado esta conclusión<sup>22</sup>.

Sentado lo anterior, conviene hacer referencia a otras afirmaciones jurisprudenciales relevantes, aunque de valor desigual: en algún caso, el pronunciamiento objeto de examen constituye la *ratio decidendi* de la sentencia; en otras ocasiones, sucede que la afirmación no pasa de un mero *obiter dictum*; y no faltan *silencios* bien elocuentes, cuestiones planteadas en los escritos de las partes y decididas por el tribunal pero omitidas en los fundamentos de las sentencias. En lo que sigue, se considerarán tres cuestiones: la primera, la resolución del contrato de compraventa como presupuesto para la restitución de las cantidades anticipadas; la segunda, el importe de la pretensión de restitución; y la tercera, la calificación de la responsabilidad del banco.

La pretensión de que se restituyan las cantidades anticipadas presupone la «rescisión» del contrato de compraventa (artículo 3.º Ley 57/1968). No es preciso insistir en que «rescisión» equivale a *resolución*, extremo que ha quedado fijado en la jurisprudencia y que resulta incontrovertible<sup>23</sup>. Ante todo, procede la resolución del contrato de compraventa, en el supuesto expresamente previsto en la ley: «expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar» (artículo 3.º Ley 57/1968). A esta causa de resolución, la jurisprudencia ha añadido otra: la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, por medio de contrato de seguro o aval solidario, reviste carácter esencial y su incumplimiento constituye causa de resolución. Así pues: incumplimiento del plazo estipulado e incumplimiento de la obligación de garantizar la devolución de los

---

cambiarlos se empleaban con el propósito de adelantar parte del precio de una vivienda: SAP Granada 11 mayo 2018 (JUR 260227).

<sup>22</sup> Si acaso, con estos antecedentes doctrinales: CARRASCO PEREA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ªC., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p.608; ESTRUCH ESTRUCH, J., «La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, pp.164-168.

<sup>23</sup> Por todas, vid: STS 20 enero 2015 (RJ 361). El Tribunal Supremo ha declarado que la reclamación contra la entidad avalista o la aseguradora no precisa la previa resolución del contrato pues «constando el incumplimiento, y sin perjuicio de la relación entre el comprador y la promotora, [...] [se] confiere al comprador la facultad de ejecutar el aval o, en su caso, de reclamar de la aseguradora el pago de la suma asegurada». Entre otras: Ss. 23 marzo 2015 (RJ 1158) o 23 julio 2015 (RJ 3513). No es probable que esta doctrina pueda aplicarse a la reclamación contra el banco que admitió el ingreso de anticipos en cuenta ordinaria.



anticipos, como motivos para resolver el contrato de compraventa de vivienda. En cualquiera de estos dos casos, procederá, como consecuencia de la resolución, la restitución de las cantidades anticipadas por el comprador. Si el banco en el que se ingresaron los anticipos incurrió en la *responsabilidad* que sanciona el artículo 1.º Ley 57/1968 y la jurisprudencia que lo interpreta, podrá alcanzarle la obligación de restituir<sup>24</sup>.

Otros supuestos de «pérdida de eficacia» del contrato podrían ofrecer más dudas. Al menos en lo que se conoce, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las consecuencias del mutuo disenso, del acuerdo transaccional, y del convenio concursal. La extinción del contrato de compraventa por causa del mutuo disenso entre comprador y vendedor, sin haber incurrido este en incumplimiento, comporta la extinción de la garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador. Así se infiere de la Sentencia 23 marzo 2015 (RJ 1158), que rechaza la posibilidad de reconducir la extinción del contrato por mutuo disenso al supuesto de resolución por «incumplimiento objetivo por causa ajena a la culpabilidad del promotor». La misma solución merece el caso de acuerdo transaccional en el que el comprador y el vendedor convienen la resolución del contrato y la reducción del *quantum* del importe de la restitución. A este respecto, el Tribunal Supremo concluyó que los efectos del acuerdo alcanzan también al banco que incurrió en responsabilidad *ex artículo 1.º Ley 57/1968* y que, por consiguiente, la entidad depositaria responde, no ya del importe total de lo anticipado, sino, más limitadamente, de la cantidad fijada en el acuerdo transaccional como importe de la restitución. En cambio, tratándose del convenio concursal, la Sentencia 4 julio 2018 (RJ 2794) asume el criterio opuesto: los efectos novatorios que se siguen del acuerdo entre acreedores y deudor no alcanzan a quienes garantizaron –por medio de aval o seguro– la restitución de los anticipos<sup>25</sup>. Pero la decisión se fundamenta en razones de Derecho concursal: «*La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la*

<sup>24</sup> A la vista de la jurisprudencia, se puede afirmar que el incumplimiento del plazo estipulado para la entrega de la vivienda permite la resolución del contrato, sin necesidad de que concurran más requisitos; pero resulta «extemporánea» la resolución cuando, habiéndose incumplido el plazo para la entrega, el comprador ha sido requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda terminada y en disposición de ser entregada. Por todas, vid: Ss. TS 5 mayo 2014 (RJ 3290) y 20 enero 2015 (RJ 361). Eso sí, la obligación de entregar la vivienda no se reduce a lo estrictamente físico –entrega de una vivienda ultimada–, sino que comprende también el aspecto jurídico –obtención de las pertinentes licencias urbanísticas–: vid. STS 11 marzo 2013 (RJ 2590). Asimismo, la falta de formalización de las garantías exigidas –aval o seguro– constituye motivo de resolución «en una primera fase de pendencia de la obra proyectada»; pero no, «en una segunda fase, [...] de ejecución o realización de la prestación debida [...], de terminación o construcción de la vivienda»: cfr. STS 6 enero 2015 (RJ 2324).

<sup>25</sup> Asimismo, vid. STS 23 julio 2015 (RJ 3513).

*obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido»* (artículo 135.2 Ley Concursal); y el Tribunal Supremo concluye que esas «*normas aplicables a la obligación que hubieren contraído*» no son otras que las contenidas en la Ley 57/1968.

En relación con el mutuo disenso, la Sentencia 23 marzo 2015 (RJ 1158) fija la siguiente doctrina: «la extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/1968 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiese iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda». Referida a la transacción, la Sentencia 18 julio 2017 (RJ 3643) declara: «la protección jurídica del comprador y el carácter irrenunciable de sus derechos no resulten menoscabados por la facultad que aquellos tienen de disponer libremente, y transigir, respecto del derecho sobre sus anticipos. La transacción produce el efecto de sustituir la relación jurídica anterior por una nueva, [...], de tal modo que la obligación primigenia del promotor de devolver la totalidad de los anticipos puede verse sustituida por una obligación pecuniaria de menor cuantía, [...]. En estas circunstancias, el problema jurídico es ajeno a la posibilidad de reclamar responsabilidad legal a la entidad de crédito receptora de las cantidades (lo cual es indiscutible si se acepta que no veló porque se garantizara debidamente la devolución de los anticipos), porque dicha responsabilidad se ha de limitar a la cantidad transigida, de no ser satisfecha por la promotora». Y, refiriéndose al convenio concursal, la Sentencia 4 julio 2018 (RJ 2794) manifiesta: «de acuerdo con la normativa que rige la asunción de la obligación de garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, al amparo del art. 1 de la Ley 57/1968, la adhesión de los compradores beneficiarios de esta garantía al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora».

Por último, se ha llegado a plantear la cuestión en relación con contratos de compraventa de vivienda celebrados mediando algún vicio del consentimiento. En el caso decido por la Sentencia 12 septiembre 2016 (RJ 4437), el comprador solicita que se declare la «nulidad» del contrato de compraventa y que se condene al vendedor-promotor, así como a la entidad con la que se concertó contrato de seguro, a restituir las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la vivienda. La razón de su pretensión es que, al tiempo de celebrar el contrato, el vendedor ocultó la existencia de un procedimiento judicial pendiente del que podría resultar, como finalmente aconteció, la nulidad del instrumento urbanístico referido al complejo en el que quedaba comprendida la vivienda. Aunque la situación urbanística fuese claudicante, en el pleito resultó acreditado que la vivienda se construyó y que se obtuvo licencia de primera ocupación en el plazo estipulado. Lo cierto es que el tenor del artículo 3.º Ley 57/1968 alude a un único supuesto de ineficacia sobrevenida del contrato: su resolución; y con causa en un solo motivo: expiración del plazo para la iniciación de las obras o para la

entrega de la vivienda. No obstante, el Tribunal Supremo decide la cuestión a favor del comprador demandante y considera aplicable la Ley 57/1968, probablemente con el propósito de fundamentar la condena de la compañía aseguradora a la restitución de los anticipos. De la citada resolución parece desprenderse que, tratándose de contratos sometidos a la Ley 57/1968, el Tribunal Supremo equipara los efectos de la resolución a las consecuencias de la anulabilidad del contrato por concurrir un vicio en el consentimiento –*error*, en el caso enjuiciado–, y renuncia a hacer valer las diferencias que median entre estas dos categorías<sup>26</sup>. En particular, el Tribunal Supremo declara:

«Tan esencial es el error provocado por la ocultación que hizo el promotor-vendedor al comprador de la ilegalidad urbanística, que ha dado lugar a la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento, con lo que es evidente que el contrato no ‘ha llegado a buen fin’, pues era factible la entrega física de la vivienda al encontrarse terminada, pero adolecía de condiciones jurídicas que garantizasen el uso pacífico de futuro, sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas. [...]. No es óbice para cuanto se expone que el comprador haya optado por la anulabilidad del contrato y no por la resolución del mismo, ya que el hecho constitutivo de ambas pretensiones es el mismo y conduce al mismo fin que se trata de garantizar, cuál es poner remedio a la frustración de las legítimas expectativas del comprador que se ve defraudado por la ocultación llevada a cabo por el promotor-vendedor de los problemas de litigio urbanístico de la promoción, [...]. Así, cuando el promotor-vendedor oculta al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística que determinen la ilegalidad de ésta, el comprador podrá ejercitar la anulabilidad del contrato de compra-venta con fundamento en un vicio del consentimiento de naturaleza invalidante. Ahora bien, tal ocultación no empece a que el comprador inste la resolución del contrato con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1124 CC, pues no podría cumplir el vendedor con la obligación esencial de entregar la vivienda conforme a lo pactado [...]. Procede, pues, estimar el motivo del recurso de casación y fijar como doctrina que ‘las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compra-venta no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación de naturaleza urbanística’<sup>27</sup>.

Por lo que se refiere al importe de la pretensión de restitución, segunda de las cuestiones a considerar, el artículo 3.º Ley 57/1968 disponía que la resolución del contrato comportaría la «[...] *devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual* [...]». La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación mantuvo esta solución, aunque

<sup>26</sup> Por ejemplo, en relación con el plazo para el ejercicio de una y a otra acción: vid. STS 9 septiembre 2014 (RJ 4947).

<sup>27</sup> Asimismo, vid: STS 8 febrero 2017 (RJ 465). Este criterio del Tribunal Supremo, de difícil concordancia con el expresado en resoluciones anteriores, va más allá del tenor de la ley; vid: CARRASCO PEREA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ªC., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., p.606.

modificó la cuantía de los intereses, fijándolos en su «importe legal». Con este presupuesto, el Tribunal Supremo ha reiterado que la responsabilidad del avalista o asegurador alcanza al total de las sumas adelantadas por el comprador; y ello, aun cuando el importe de los anticipos supere el límite máximo consignado en el aval o seguro y aun cuando las cantidades adelantadas no se hubiesen abonado en la cuenta especial vinculada a esas garantías (ex artículos 2.º Ley 57/1968 y 68 Ley Contrato Seguro)<sup>28</sup>. Mas, tratándose del banco depositario, su obligación de restituir solo podrá comprender el importe de los anticipos que efectivamente hubiese percibido. Esta conclusión se presenta como un corolario de la doctrina jurisprudencial que anuda la responsabilidad de los bancos a sus posibilidades de control y conocimiento acerca de la naturaleza de los anticipos<sup>29</sup>.

Esta obligación de restituir comprende el importe de las cantidades anticipadas incrementado con el interés legal. El Tribunal Supremo ha reconducido este interés legal a la categoría de los intereses remuneratorios. Aparte del interés dogmático por la cuestión, esta categorización comporta una consecuencia práctica: las cantidades adelantadas devengan el interés legal desde su entrega al vendedor; no desde que el comprador opta por la resolución o desde que presenta la demanda reclamando la restitución de los anticipos<sup>30</sup>. Por lo demás, este interés legal constituye un tipo mínimo indisponible, pero queda al arbitrio de las partes la posibilidad de pactar un tipo de interés superior al legal<sup>31</sup>.

En lo atinente a la tercera cuestión, la calificación de la responsabilidad del banco depositario, sobre cualquier otra que se pueda entresacar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, destaca la conclusión de que este no es un supuesto de responsabilidad extracontractual. Probablemente, el pronunciamiento viene motivado por la necesidad de salvar el caso: el banco demandado argumentaba que, de incurrir en responsabilidad, esta estaría fundada en el artículo 1.902 CC y que, en consecuencia, la acción para exigirla habría prescrito ex artículo 1.968.2º CC. Mas, cualquiera que sea

<sup>28</sup> Cfr. Ss. TS 3 julio 2013 (RJ 5913) y 13 enero 2015 (RJ 352). No obstante, vid: n.16.

<sup>29</sup> El banco depositario responde «por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad»: cfr. S. 21 diciembre 2015 (RJ 5403).

<sup>30</sup> Sin concederle en el caso concreto por razones de congruencia, así lo dan por sentado: Ss. TS 4 julio 2017 (RJ 3684) y 23 noviembre 2017 (RJ 5067). Con más detalle: GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 99, 2015, pp.23-74.

<sup>31</sup> Cfr. Ss. TS 25 octubre 2013 (RJ 7257), 30 abril 2015 (RJ 2017) y 4 julio 2017 (RJ 3684). Si el contrato no fija un tipo especial, ha de estarse al interés legal; no, al del seis por ciento: Ss. TS 17 marzo 2016 (RJ 862), 20 junio 2016 (RJ 3879) y 23 noviembre 2017 (RJ 5112); ni al legal incrementado en dos puntos: STS 23 noviembre 2017 (RJ 5067).

la razón que la explique, no se puede eludir la declaración del Tribunal Supremo: «la responsabilidad del banco no se funda en el art. 1902 CC». Se trata, en concreto, de la Sentencia 23 noviembre 2017 (RJ 5067), que se expresa en los siguientes términos:

«La tesis del banco se sustenta en la naturaleza extracontractual de dicha responsabilidad y, consecuentemente, en que la acción para exigirla estaría sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 1968-2.º CC. Pues bien, la prescripción alegada no debe ser apreciada, porque la responsabilidad del banco no se funda en el art. 1902 CC, al que se refiere el art. 1968-2.º del mismo Código, sino en una norma especial de la Ley 57/1968, su art. 1-2.ª. Se trata de una responsabilidad u obligación nacida de la ley en sentido estricto (arts. 1089 y 1090 CC) que, a falta de regulación específica de la prescripción en la propia Ley 57/1968 [...], queda sujeta al régimen general del art. 1964 CC para las acciones personales (plazo de quince años, según su redacción al tiempo de interponerse la demanda)»<sup>32</sup>.

En este orden de cosas, en Sentencia 21 diciembre 2015 (RJ 5403), el Tribunal Supremo ya había declarado que el banco depositario de los anticipos no podía ser considerado un tercero ajeno al contrato de compraventa, toda vez que la ley le impone el deber de «colaborar activamente» con el promotor inmobiliario para cerciorarse de que este cumple sus obligaciones. Esta colaboración activa encierra, para el banco, un «especial deber de vigilancia» sobre el promotor. Aparece así la expresión «deber de vigilancia», que, junto con otras equivalentes –v.gr. «responsabilidad de control sobre las cuentas del promotor», «deber legal de control» o «deber de control»–, se encuentra en muchas resoluciones ulteriores. Es el incumplimiento de este deber de control el que da lugar a la responsabilidad del banco<sup>33</sup>.

Con esta premisa –incumplimiento del «deber de control»–, el banco es condenado solidariamente junto con el promotor, a la restitución de las cantidades anticipadas<sup>34</sup>. A partir de aquí se puede deducir una conclusión obvia pero que conviene dejar sentada. La solidaridad es un modo de organizar la concurrencia de una pluralidad de deudores en una misma obligación (artículo 1.137 CC). Pues bien, esta misma obligación que se impone a promotor y banco depositario no es otra que la de restituir las cantidades anticipadas por el comprador. Dicho de otro modo: la unidad de objeto que supone la

<sup>32</sup> Asimismo, pueden verse: STS 28 febrero 2018 (RJ 860) y ATS 22 febrero 2017 (JUR 46384). Más explícita que las anteriores: STS 16 enero 2015 (RJ 278).

<sup>33</sup> Además de la citada en el texto, vid: Ss. TS 21 diciembre 2015 (RJ 5403), 17 marzo 2016 (RJ 862), 8 abril 2016 (RJ 1239), 16 noviembre 2016 (RJ 6303), 18 julio 2017 (RJ 3643), 23 noviembre 2017 (RJ 5067) y 19 septiembre 2018 (RJ 4164); Aa. 28 febrero 2018 (RJ 860) y 20 junio 2018 (RJ 2780).

<sup>34</sup> En alguna ocasión, las partes se han referido al carácter subsidiario de la responsabilidad del banco depositario; pero siempre que se ha planteado la cuestión, el Tribunal Supremo la ha pasado en silencio, limitándose, si no procedía la absolución, a condenar al banco al pago del importe de las cantidades anticipadas: cfr. Ss. 17 marzo 2016 (RJ 862), 24 junio 2016 (RJ 4065), 7 julio 2016 (RJ 2898), 18 julio 2017 (RJ 3643), 23 noviembre 2017 (RJ 5067) y 19 septiembre 2018 (RJ 4164).

solidaridad se manifiesta, en este caso, en que al banco depositario también le vincula la obligación de restituir; obligación que trae causa de la resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del promotor.

En este sentido, tras recurrir a la regulación de la fianza para fundamentar su decisión – los efectos del acuerdo transaccional entre comprador y vendedor alcanzan al banco depositario–, la Sentencia 18 julio 2017 (RJ 3643) declara: «siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)». Si acaso, es precisa una aclaración. A salvo la unidad de objeto, la solidaridad no excluye la posibilidad de que la prestación debida por uno de los deudores no constituya más que una parte de la debida por el otro (*ex* artículo 1.140 CC)<sup>35</sup>. Si solo una parte de las cantidades anticipadas a cuenta del precio se hubiesen depositado en el banco, ocurrirá que su deber de restituir será cuantitativamente más limitado que el del vendedor-promotor.

### 3. UN ENSAYO DE CLARIFICACIÓN

Se trata, ahora, de clarificar o depurar algunas cuestiones acerca de la *responsabilidad* del banco depositario de los anticipos. Porque, si bien es cierto que hoy resulta patente la solución jurisprudencial que merecen los supuestos a los que se ha hecho referencia en el epígrafe precedente, no lo es tanto el razonamiento seguido por los tribunales para llegar a ella. En este punto pueden detectarse afirmaciones o silencios que, a mi parecer, generan cierto confusionismo.

Según creo, el anterior recorrido jurisprudencial permite entresacar una conclusión, a saber, que el Tribunal Supremo ha ensanchado el contenido de la obligación del banco depositario de los anticipos más allá de lo que resulta del tenor de la ley. El artículo 1.º de la Ley 57/1968 pone a cargo de la entidad bancaria una única obligación: «*para la apertura de estas cuentas o depósitos [especiales] la Entidad bancaria [...], bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior*». Dicho de otro modo: la entidad bancaria se abstendrá de abrir cuenta corriente especial sin antes cerciorarse de que el promotor ha garantizado, mediante aval o seguro, su eventual obligación de restituir los anticipos. En suma y pese a su formulación legal: imposición de una obligación de no hacer a cargo del banco depositario. Mas, con ser esta la única obligación que cabría deducir del artículo 1.º de la Ley 57/1968, en el epígrafe anterior se ha dado cuenta de varias resoluciones del Tribunal Supremo en las

<sup>35</sup> Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentarios al artículo 1.040 CC”, en L. DÍEZ-PICAZO y otros (Dir.): *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p.125.

que, con cita de esta misma disposición normativa, se alude a una obligación positiva; a saber: un «deber de vigilancia o control» que pesa sobre el banco receptor de los anticipos, y cuyo incumplimiento genera *responsabilidad*.

Advertido lo anterior, de seguido se plantea la cuestión acerca de las conductas que encierra esta obligación de control o vigilancia. De entrada, parece evidente que esta obligación de control conlleva, desde luego, la conducta de no hacer que resulta del artículo 1.º de la Ley 57/1968 de modo explícito: el banco se abstendrá de abrir cuenta corriente especial si el promotor-vendedor no acredita la existencia de las garantías que la ley le ordena constituir<sup>36</sup>. También parece seguro que, en virtud de esta obligación de control, el banco no deberá admitir el ingreso de anticipos, ni ejecutar la orden de abono que responda a ese mismo concepto, cuando la cuenta en la que deban hacerse efectivos sea una cuenta ordinaria abierta a nombre del promotor. Este fue el supuesto que dio lugar a la Sentencia 21 diciembre 2015 (RJ 5403) y a cuantas vinieron a confirmar, después, el criterio en ella sentado. Mas, es muy probable que la obligación de control comprenda aún otros deberes; por ejemplo: denegar el ingreso en la cuenta especial de cualquier cantidad que no responda a un anticipo del precio; o velar por la efectiva aplicación de los saldos de la cuenta especial a atenciones que deriven de la construcción de las viviendas comprometidas –según el artículo 1.º Ley 57/1968, las cantidades anticipadas se depositarán 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*»<sup>37</sup>–. Con todo, estos otros deberes parecen de menor importancia práctica puesto que presuponen la existencia de la cuenta especial y, por consiguiente, la del aval o del seguro de caución en garantía de la obligación de restituir; si esta llega a surgir, el adquirente podrá reclamar la restitución al avalista o a la aseguradora, sin perjuicio de

<sup>36</sup> La desaparición, en la nueva regulación, de la póliza global de caución y su sustitución por pólizas individuales emitidas en favor de cada adquirente, dificulta, sino es que no imposibilita, el cumplimiento de esta obligación por parte del banco receptor de los anticipos: vid. CARRASCO PEREA, Á., «Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda», *Centro de Estudios de Consumo*, 2015.

<sup>37</sup> Sobre los aspectos técnicos de la cuenta corriente especial, vid: CARRASCO PEREA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ªC., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pp.607-608; GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, en VV.AA: *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), núm. 10, 2006, pp.203-232; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, op. cit., pp.123-152; MARTÍNEZ CATALÁ, R., *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* (tesis doctoral), Universitat de València, 2015, pp.349-352.

las eventuales reclamaciones que el garante pueda luego dirigir contra el promotor y, en su caso, contra el banco depositario<sup>38</sup>.

La formulación jurisprudencial de esta obligación de control obedece a una razón de eficacia. Así lo ha explicado el Tribunal Supremo: «exonerar de responsabilidad a la entidad de crédito en los casos en que las cantidades se recibieran en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones privaría a los compradores de la protección que les blinda el enérgico e imperativo sistema de la Ley 57/1968»<sup>39</sup>. En definitiva: o la entidad bancaria está obligada a rechazar el ingreso de anticipos en cuentas corrientes ordinarias abiertas a nombre del promotor, o se asume la ineficacia de la normativa protectora del comprador de vivienda que adelante cantidades a cuenta del precio final.

En relación con lo anterior, es sabido que el artículo 1.º Ley 57/1968 configura dos mecanismos de protección del comprador: uno, la cuenta corriente especial; otro, el seguro de caución o aval solidario en garantía de la obligación de restituir. A este respecto sucede que la cuenta corriente especial tiene un valor relativo. En un primer momento, en fase de cumplimiento de la obligación del promotor, la cuenta corriente especial permite *distinguir* los anticipos y fiscalizar su aplicación a la construcción de la vivienda comprometida; en un momento posterior, verificado el incumplimiento del promotor inmobiliario, esta cuenta corriente no se constituye en una suerte de patrimonio separado afecto al pago de los compradores, toda vez que el saldo resultante favorable al promotor podrá ser agredido por cualesquiera de sus acreedores. En orden a garantizar esa eventual obligación de restituir –no, por tanto, el interés directo del comprador en la construcción y entrega de la vivienda–, solo resulta eficaz la segunda medida de protección mencionada, el seguro de caución o el aval solidario. Al decir de CARRASCO, el sistema de protección que configura la Ley 57/1968 se orienta, fundamentalmente, a asegurar la eventual obligación de restituir del promotor; y, a tal fin, la norma opta por «interponer a un tercero», el avalista o

<sup>38</sup> Así lo confirma el análisis de la jurisprudencia. La mayoría de las sentencias citadas en este trabajo traen causa de supuestos en los que la entidad bancaria ingresó los anticipos en cuentas corrientes ordinarias abiertas a nombre del promotor; algunas resoluciones judiciales, más escasas en número, responden a supuestos en los que, sin exigir la correcta constitución de aval o seguro de caución, el banco abrió cuenta corriente especial. Finalmente, la demanda estimada por la STS 8 abril 2016 (RJ 1239) razona que la entidad depositaria incurrió en responsabilidad por permitir que se realizasen disposiciones de los saldos de la cuenta especial para fines ajenos a la construcción de las viviendas; pero la controversia se acaba centrando en la responsabilidad de la entidad en su condición de avalista.

<sup>39</sup> Cfr. Ss. TS 21 diciembre 2015 (RJ 5403) y 23 noviembre 2017 (RJ 5067).



asegurador, a quien se traslada el riesgo por insolvencia del promotor<sup>40</sup>. Siendo ello así, si el promotor omitió su deber de constituir aval o seguro, y luego incumple su obligación principal de entregar la vivienda, el comprador que anticipó parte del precio puede encontrarse en desamparo, toda vez que es él quien asume el riesgo de insolvencia del vendedor-promotor.

La solución que aporta el Tribunal Supremo para estos casos, consiste en la interposición de otro tercero; cual es: el banco que admitió el ingreso de los anticipos en una cuenta corriente ordinaria y no especial. Pero esta solución requería afirmar la existencia de una obligación de control o vigilancia que comprendiese, junto a la expresamente prevista en la «condición segunda» del artículo 1.º Ley 57/1968, la conducta de abstenerse de hacer efectivo el ingreso de los anticipos en cuentas corrientes ordinarias abiertas a nombre del promotor<sup>41</sup>. De esta manera, se hacen patentes las razones que motivaron la formulación jurisprudencial de la obligación de control que sujeta al banco.

Lo que interesa dejar sentado es que esta obligación de control, aunque de formulación jurisprudencial, tiene su apoyatura en la ley. El Tribunal Supremo ha insistido en este punto: «la ‘responsabilidad’ que el art. 1-2ª de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito [...], supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor [...]»; «[la entidad bancaria receptora de los anticipos] 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 art. 1-2ª de la Ley 57/1968»<sup>42</sup>. A partir de esta conclusión, queda planteada una cuestión capital; a saber: si el incumplimiento de esta obligación legal constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual o si, por el contrario, atrae la aplicación de las reglas propias de la responsabilidad contractual. Desde luego, aparte el interés teórico, la respuesta a esta pregunta comporta graves consecuencias de índole práctico –v.gr.

<sup>40</sup> Cfr. CARRASCO PEREA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ªC., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., p.594. Asimismo, vid: MILÀ RAFEL, R., «Comentario a la Sentencia 18 julio 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107, 2018, p.38

<sup>41</sup> Desde una perspectiva funcional, esta otra conducta comprendida en la obligación de control o vigilancia se asemeja a los «deberes de protección». La entidad que abre una cuenta corriente a nombre de persona que se dedica a la promoción inmobiliaria, asume las obligaciones ordinarias de este tipo contractual; y, además, en protección del interés patrimonial de un tercero, el hipotético comprador de vivienda, el deber de rechazar la orden de ingreso o de abono que responda a la naturaleza de anticipo del precio de la vivienda. Para la caracterización de los deberes de protección, vid: JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp.141-145; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000, pp.247-270.

<sup>42</sup> Cfr. STS 21 diciembre 2015 (RJ 5403).

competencia judicial, *causa petendi* y requisito de congruencia de la sentencia, plazo de prescripción<sup>43</sup>—.

Según se anticipó, esta cuestión se llegó a plantear en casación. En varios recursos de los que conoció el Tribunal Supremo, las entidades bancarias condenadas en la instancia argüían que, de haber incurrido en responsabilidad, esta debía fundamentarse en el artículo 1.902 CC; y que ello acarreaba, en el caso concreto, la necesidad de estimar la excepción de prescripción, ex artículo 1.968.2º CC. Según razonaban en sus recursos, las entidades bancarias debían ser consideradas terceros ajenos a la relación contractual que mediaba entre el promotor-vendedor y el comprador de vivienda, de donde resultaba la imposibilidad de calificar estos casos como un supuesto de responsabilidad contractual. Así planteada, la cuestión recibió cumplida respuesta en la Sentencia 16 enero 2015 (RJ 278):

«El motivo se rechaza por razón del tipo de responsabilidad. El artículo 1089 del Código civil dispone que las obligaciones nacen de la ley. No es tanto que la ley imponga una obligación sino que liga el nacimiento de ésta a un determinado hecho [...]. De ello se pasa al tema de la responsabilidad. Se ha distinguido la responsabilidad contractual, que deriva no ya del contrato sino de una relación jurídica entre el que tiene el deber de cumplir y el que tiene el derecho a recibir. Y la responsabilidad extracontractual se produce entre el que tiene el deber de reparar el daño y quien lo ha sufrido, no mediando relación jurídica alguna entre uno y otro. En el presente caso, el artículo 1.1 de la Ley de 27 julio 1968 impone una conducta que si no se observa, como omisión —hecho jurídico— hace incurrir en responsabilidad. Si una entidad no cumple el mandato imperativo de dicha ley, está incumpliendo una obligación que le imponía la ley, [...]. En modo alguno se puede afirmar que se trata de responsabilidad por acto ilícito, conforme al artículo 1902 del Código civil que está fuera de toda relación obligacional con los perjudicados. Estos, como deudores, se fundan en el negocio jurídico inicial y en el incumplimiento de la obligación que impone la ley en relación con el mismo. En consecuencia, conforme al artículo 1968.2º del Código civil en relación con el 1902, no se aplica la prescripción anual, sino la general para las acciones personales, de *quince* años, que dispone el artículo 1964».

En suma: parece seguro que la responsabilidad del banco depositario de los anticipos no tiene su fundamento en el artículo 1.902 CC; y, sin embargo, el Tribunal Supremo ha evitado reconducir expresamente el supuesto a la categoría de la responsabilidad contractual. En este sentido, ni el artículo 1.101 CC, ni otros referidos a la responsabilidad contractual, aparecen mentados en ninguna de las resoluciones del Tribunal Supremo que deciden algún punto relacionado con este tema. En fin, cabe

<sup>43</sup> Para una revisión de la disparidad de regímenes jurídicos: MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.<sup>a</sup>, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX, 1993, pp.65-78. Puede verse también: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Puesto que ocupa el derecho de daños en el derecho de obligaciones», *Estudios de Deusto*, vol. 43, núm. 1, 1995, pp.22-30.

interrogarse si se da aquí la misma experiencia advertida por JORDANO FRAGA en relación con la responsabilidad civil indirecta; esto es: si se trata de un silencio jurisprudencial implícitamente afirmativo de la responsabilidad contractual<sup>44</sup>.

En un intento de fundamentar el carácter contractual de la responsabilidad del banco, algún autor ha recurrido a la tesis de la «relación precedente análoga»<sup>45</sup>. Esta tesis fue enunciada por la Sentencia 26 enero 1984 (RJ 386), una vez más, con el propósito de salvar el escollo de la posible prescripción de la acción ejercitada por el perjudicado. En lo que ahora interesa, el Tribunal Supremo declaró que «existiendo obligación derivada de contrato o de relación precedente análoga no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903». En el caso enjuiciado por esta sentencia, el Tribunal Supremo dedujo la existencia de una relación jurídica entre demandante y la empresa recurrente, «si no contractual de derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica a la que contribuye la recurrente, de modo que la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron daños a la actora no surgió 'ex novo' a virtud de esos daños [...] sino que deriva de la relación jurídica previa existente entre ambas». En conclusión, la existencia de una relación jurídica precedente y análoga a la contractual entre causante del daño y perjudicado, justifica la calificación de responsabilidad contractual.

Sin que esto suponga un juicio acerca de la corrección de la sentencia citada<sup>46</sup>, la hipótesis que fundamenta la responsabilidad contractual del banco depositario de los anticipos en la existencia de una «relación precedente análoga», incurre, a mi parecer, en el mismo error que la alegación de las entidades de crédito según la cual, tratándose de personas ajenas al contrato de compraventa, su responsabilidad se fundamentaría en el artículo 1.902 CC, por lo que habría que calificar el caso como un supuesto de responsabilidad extracontractual. Consiste, este error, en estrechar el ámbito de la

<sup>44</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994, p.17. Dada su propia ambigüedad, no se justifica la extrañeza del Tribunal Supremo ante un recurso de casación en el que se invoca infracción, por parte de la sentencia de instancia, de los artículos 1.902 y 1.257 CC: cfr. S. 18 julio 2017 (RJ 3643).

<sup>45</sup> Cfr. COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. VII, Dykinson, Madrid, 2017, pp.175-176.

<sup>46</sup> PANTALEÓN acepta la tesis cuando, como en el caso enjuiciado, se trate de relaciones jurídico-públicas que consistan en prestaciones del tipo de las que pueden constituir el objeto de una relación obligatoria jurídico-privada; y manifiesta sus dudas cuando se trate de otras relaciones como las de comuneros o las de vecindad: cfr. «Comentario a la Sentencia 26 enero 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, 1988, p.1262.

llamada responsabilidad contractual. Frente a quienes consideran que este tipo de responsabilidad se refiere exclusivamente al incumplimiento de obligaciones que surgen de un contrato, cabe afirmar que el artículo 1.101 CC prevé las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación previamente constituida, con independencia de cuál sea su fuente. Dicho de otro modo: el artículo 1.101 CC no se limita a sancionar la responsabilidad contractual, sino una más genérica responsabilidad obligacional. Si la doctrina conserva la expresión «responsabilidad contractual» es, aparte de por el arrastre histórico, porque, de ordinario, el fenómeno del incumplimiento aparece referido a obligaciones que tienen su causa en un contrato<sup>47</sup>. En la jurisprudencia, no faltan resoluciones que acojan esta doctrina. Así, por traer un ejemplo conocido, la citada Sentencia 26 enero 1984 (RJ 386) declara:

«La culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica procedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del ‘alterum non laedere’; la segunda presupone una relación preexistente -generalmente un contrato, y de ahí su calificativo de contractual- entre el responsable y la víctima del daño; es preciso recalcar, aclarando la expuesta distinción, que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase»<sup>48</sup>.

En fin, si lo que se quiere es afirmar la responsabilidad contractual de la entidad bancaria depositaria de los anticipos, basta con decir: la ley impone al banco una obligación de control; y el incumplimiento de esta obligación legal da lugar a una nueva obligación, la de indemnizar los daños que del mismo se deriven *ex* artículo 1.101 CC.

Pero el Tribunal Supremo parece haber discurrido de un modo diferente. El examen de la jurisprudencia relativa a la *responsabilidad* del banco que incumplió la obligación de control revela que no es posible la subsunción de esta *responsabilidad* en la categoría de la responsabilidad contractual. Esta proposición no se infiere únicamente de la ausencia de una mención a la responsabilidad contractual en las resoluciones del Tribunal Supremo a las que se viene haciendo referencia, o de la preterición de los

<sup>47</sup> Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., en J.L. LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil*, II-1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985 (reimp. 1990), pp.227-228; ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp.244-245; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, *op. cit.*, pp.28-29; CARRASCO PEREA, Á., “Comentarios al artículo 1.101 CC”, en M. ALBALADEJO (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1º, Edersa, Madrid, 1989, pp.377-378; DE PABLO CONTRERAS, P., en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord.): *Curso de Derecho Civil*, II-1º, 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2018, p.184. En contra: YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, 4ª ed., Dykinson, Madrid, 2018, p.109.

<sup>48</sup> Esta misma idea aparece en la Sentencia 16 enero 2015 (RJ 278), trascrita parcialmente unas líneas más arriba.

artículos 1.101 CC y siguientes. La conclusión expuesta se deduce fundamentalmente del contenido de la condena de los bancos que incumplieron su obligación de control.

Como se sabe, la condena al banco consiste en la imposición de la obligación de «devolver» las cantidades anticipadas por el comprador; en sentido propio, en la obligación de restituir, que trae causa de la resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del promotor-vendedor (ex artículos 3.º Ley 57/1968 y 1.124 y 1.123 párrafo 1.º *in fine* CC). En el epígrafe anterior quedó sentado que este es un corolario que resulta, además, de la condena solidaria del banco junto con el promotor: la solidaridad reclama unidad de objeto y es seguro que la condena al promotor-vendedor se refiere a la obligación de restituir la parte de precio adelantada por el comprador. A fin de cuentas, así lo ha reconocido el Tribunal Supremo: «siendo el promotor el obligado principal a devolver la totalidad de los anticipos, esta misma obligación es la que asumen los garantes (en caso de que haya aval o seguro) y la entidad de crédito depositaria (en defecto de aquellos)»<sup>49</sup>.

Este deber de restituir o reintegrar obedece a la necesidad de liquidar las prestaciones ya ejecutadas y que, por virtud de la resolución, carecen de causa. En última instancia, la restitución tiene su razón de ser en lo que los autores, a partir de BECHMANN, han llamado sinalagma funcional<sup>50</sup>. En cambio, la responsabilidad contractual tiene una función puramente indemnizatoria o, si se quiere, compensatoria<sup>51</sup>. En efecto, el artículo 1.101 CC sujeta a indemnización los daños y perjuicios que se sigan del *incumplimiento* –entendido este en sentido amplio– de una obligación. La responsabilidad contractual encierra, pues, la obligación de resarcir, que surge, no del incumplimiento en sí mismo considerado, sino de los daños que él se deriven. De lo expuesto resulta que la obligación de restituir y la obligación de resarcir los daños derivados del incumplimiento obedecen a presupuestos y propósitos dispares. Disparidad que confirma el artículo 1.124 CC, cuando reconoce como compatibles las acciones de resolución –de donde trae causa la restitución– y de indemnización<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Cfr. STS 4 julio 2018 (RJ 2794).

<sup>50</sup> Sobre el origen y recepción de este concepto: RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp.11-81.

<sup>51</sup> Vid. PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV-III, 1991, pp.1020-1021; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p.782; CARRASCO PEREA, Á., *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, p.1137.

<sup>52</sup> Vid. CARRASCO PEREA, Á., «Comentarios al artículo 1.101 CC», *op. cit.*, pp.393-394; PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual», *op. cit.*, p.1043; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, *op. cit.*, p.876; RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, *op. cit.*, pp.235-237.

Se llega así a un punto decisivo. La *responsabilidad* del banco depositario de los anticipos, tal y como la configura la jurisprudencia, no puede reconducirse a la categoría de la responsabilidad contractual porque la restitución de la prestación, que es a lo que se condena al banco, no es indemnización de un daño derivado del incumplimiento<sup>53</sup>. Añádase a lo anterior que las sentencias omiten cualquier referencia a elementos esenciales de la responsabilidad contractual; tales como: la prueba de los daños efectivos (artículo 1.101 CC), o la demostración de la existencia de una relación de causalidad entre incumplimiento y daño (artículo 1.107 CC). Si acaso, los únicos elementos de la responsabilidad civil de los que se hace mención en estas sentencias son los de incumplimiento, *culpa* y diligencia, y en los términos en los que ya han sido expuestos.

¿Qué se puede entresacar de todo lo expuesto? A mi entender, lo siguiente. Más allá de lo puramente conceptual, la responsabilidad que sanciona el artículo 1.º Ley 57/1968 no se somete, ni al régimen jurídico que dictan los artículos 1.101 CC y siguientes para la responsabilidad contractual, ni al régimen jurídico que dicta el artículo 1.902 CC para la responsabilidad extracontractual<sup>54</sup>. A este respecto sucede que todo esfuerzo por intentar una calificación es baldío: es esta una responsabilidad legal con un régimen propio que ha ido cristalizando por obra de la jurisprudencia<sup>55</sup>. Como no importa la «naturaleza» sino las particularidades que configuran esta especial responsabilidad, en lo que sigue, me limito a recapitular cuanto se ha dicho acerca de ellas.

No afectan, estas singularidades, ni a la causa material de la responsabilidad, ni al título de imputación. Por lo que se refiere al primero, la responsabilidad del banco se anuda al incumplimiento de una obligación legal, que la jurisprudencia ha denominado «obligación de control», y que, con carácter fundamental, le impone una conducta de no hacer. En cuanto al segundo, el criterio que sirve para imputar el incumplimiento, cabe afirmar que el banco no responde si no media *culpa* pues nada se le puede

<sup>53</sup> Por todos, vid. CARRASCO PEREA, Á., “Comentarios al artículo 1.101 CC”, *op. cit.*, pp.405-406.

<sup>54</sup> En contra, aluden a la responsabilidad contractual o al deber de reparar los daños causados por el banco depositario de los anticipos: ORTIZ DEL VALLE, M.º C., «Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 150, 2018, p.120; DURÁN ALONSO, S., *Protección del Adquirente de Vivienda ‘sobre plano’ ante el Incumplimiento del Promotor-Vendedor. Especial Referencia a las Garantías sobre Cantidades Anticipadas* (tesis doctoral), Universidad de Murcia, 2017, p.300; CORREDOR SIERRA, B., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. VII, Dykinson, Madrid, 2017, p.156.

<sup>55</sup> Así, para la responsabilidad sancionada en los artículos 17 y 18 LOE: CARRASCO PEREA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.º C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, *op. cit.*, p.399.

reclamar cuando se le hubiese hurtado cualquier posibilidad de conocer que el ingreso o el abono de una suma dineraria constituía un adelanto del precio de una vivienda. Las singularidades de esta especial responsabilidad tienen que ver con las consecuencias del incumplimiento. Y es que, concurriendo los dos presupuestos expuestos, el banco responde solidariamente de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por el comprador; obligación que es efecto de la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del promotor-vendedor. Por fin, como esta especial responsabilidad se fundamenta en el artículo 1.º de la Ley 57/1968, y esta Ley carece de regla específica relativa a la prescripción, la correspondiente acción queda sometida al régimen general del artículo 1.964 CC.

Esta *responsabilidad solidaria* puede constituir un caso de «solidaridad impropia». Tal vez, esta calificación comporte alguna consecuencia de índole práctico; por ejemplo: en relación con la prescripción, podría quedar desplazada la aplicación de la regla que sienta el párrafo primero del artículo 1.974 CC<sup>56</sup>. En cualquier caso, y esto es lo que se quiere advertir, esa calificación no desdice el carácter solidario de la responsabilidad que, en esencia, viene representado por la facultad del acreedor para reclamar de cualquier obligado la deuda en su integridad<sup>57</sup>. En conclusión: el promotor-vendedor y el banco son los destinatarios indistintos de la reclamación del comprador por el todo de la obligación de restituir.

Sobre este particular, cabe decir todavía algo más. GÓMEZ LIGÜERRE ha identificado tres funciones de la solidaridad en el derecho de daños; a saber: la de garantía, la de reducción de los costes de identificación del causante del daño y la de «sanción» al incumplimiento de deberes de control<sup>58</sup>. Pues bien, sin excluir la posibilidad de que incluso concurren las tres razones mencionadas, creo que la responsabilidad solidaria del banco depositario de los anticipos representa, fundamentalmente, un caso de «solidaridad en función de garantía». La ley interpone a un avalista o asegurador en previsión de la posible insolvencia del promotor-vendedor; y, para los casos en los que no ha llegado a formalizarse esta garantía legal, la jurisprudencia ha optado por yuxtaponer, junto al promotor-vendedor, al banco que incumplió su obligación de control. De esta manera, los tribunales se aseguran que el comprador pueda dirigir su pretensión de restitución contra un patrimonio solvente. Por lo demás, es de prever

<sup>56</sup> Sobre esta consecuencia práctica, vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp.129-135.

<sup>57</sup> Me guío por PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985, pp.71-81. Negando la solidaridad impropia como categoría autónoma de la solidaridad, por todos: RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*, Comares, Granada, 2002, pp.116-118.

<sup>58</sup> Cfr. GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, op. cit., pp.191 y 253-255.

que la sanción jurisprudencial de esta «solidaridad en función de garantía» contribuya a promover la diligencia del promotor-vendedor. Ello, por cuanto que el banco solo puede evitar su condena como responsable solidario si cumple con su obligación de control; es decir: si, como requisito para la apertura de la cuenta corriente especial, se cerciora de la existencia de las garantías que la ley ordena constituir al promotor.

#### BIBLIOGRAFÍA

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., «Puesto que ocupa el derecho de daños en el derecho de obligaciones», *Estudios de Deusto*, vol. 43, núm. 1, 1995, pp.13-57.

ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Las garantías del comprado por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, 1995, pp.9-42.

— *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Civitas, Madrid, 2000.

CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentarios al artículo 1.040 CC”, en L. DÍEZ-PICAZO y otros (Dir.): *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp.125-127.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J., «Comentario a la Sentencia 22 septiembre 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46, 1998, pp.59-74.

CARRASCO PEREA, Á., “Comentarios al artículo 1.101 CC”, en M. ALBALADEJO (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1º, Edersa, Madrid, 1989, pp.374-444.

— «Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda», *Centro de Estudios de Consumo*, 2015. En: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Sobre-una-propuesta-del-Partido-Popular-del-modificaci%C3%B3n-del-r%C3%A9gimen-de-cantidades-adelantadas-en-la-compra-de-vivienda.pdf> (Consultado 01/07/2019).

— *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

CARRASCO PEREA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

COLINO MEDIAVILLA, J.L., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. VII, Dykinson, Madrid, 2017, pp.163-178.

— *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*, Reus, Madrid, 2017.

CORREDOR SIERRA, B., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.): *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, vol. VII, Dykinson, Madrid, 2017, pp.147-162.



DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. II, núm. 9, 2015, pp.127-139.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, 6.ª ed., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., en J.L. LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil*, II-1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985 (reimp. 1990).

DURÁN ALONSO, S., *Protección del Adquirente de Vivienda 'sobre plano' ante el Incumplimiento del Promotor-Vendedor. Especial Referencia a las Garantías sobre Cantidades Anticipadas* (tesis doctoral), Universidad de Murcia, 2017. En: <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/55688/1/Silvia%20Dur%C3%A1n%20Alonso%20Tesis%20Doctoral.pdf> (Consultado 29/09/2019).

ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.

– «La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, pp.157-168.

– *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FERNÁNDEZ BALDOMERO, E., *La problemática de las garantías emitidas en cumplimiento de la normativa reguladora de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción. La nueva redacción de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación* (tesis doctoral), Universidad de Granada, 2016. En: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/55742> (Consultado 29/09/2019).

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano», *Revista de Derecho Privado*, núm. 99, 2015, pp.23-74.

GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, en VV.AA: *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), núm. 10, 2006, pp.203-232.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

– *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Civitas, Madrid, 1994.

- LÓPEZ SAN LUIS, R., «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2017, pp. 2349-2390.
- MARTÍNEZ CATALÁ, R., *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* (tesis doctoral), Universitat de València, 2015. En: <http://roderic.uv.es/handle/10550/49998> (Consultado 29/09/2019).
- MILÀ RAFEL, R., «Comentario a la Sentencia 18 julio 2017», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 107, 2018, pp.21-42.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.<sup>a</sup>, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX, 1993, pp.61-78.
- ORTIZ DEL VALLE, M.<sup>a</sup>C., «Actualidad y controversias del régimen legal de las cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas y su repercusión sobre las entidades financieras», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 150, 2018, pp.111-142.
- DE PABLO CONTRERAS, P., en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (Coord.): *Curso de Derecho Civil*, II-1<sup>o</sup>, 5<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2018.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Comentario a la Sentencia 26 enero 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, 1988, pp.1257-1268.
- «El sistema de responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIV-III, 1991, pp.1019-1092.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., *Solidaridad en la fianza*, Aranzadi, Pamplona, 1985.
- PÉREZ VEGA, A., «Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compra de la vivienda», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016, pp.167-195.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RUBIO GARRIDO, T., *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y confianza*, Comares, Granada, 2002.
- SALAS CARCELLER, A., «Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016, pp. 91-98.
- SÁNCHEZ MIGUEL, M.<sup>a</sup> C., «La responsabilidad de las entidades de Crédito en su actuación profesional», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 38, 1990, pp.319-344.
- SILLERO CROVETTO, B., «La protección del comprador de vivienda», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 3, 2016, pp.49-92.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual*, 4<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2018.

Fecha de recepción: 03.07.2019

Fecha de aceptación: 28.09.2019