

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 18 DE JULIO DE 2017 (459/2017)**

**Incumplimiento de la obligación de entregar la
vivienda prometida, transacción sobre la cuantía de
anticipos a devolver y mantenimiento, por la cuantía
acordada, de las garantías de tal devolución**

Comentario a cargo de:
JOSÉ LUIS COLINO MEDIAVILLA
Profesor Titular de Derecho mercantil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE JULIO DE 2017

RoJ: STS 3012/2017 - ECLI: ES:TS:2017:3012

ID CENDOJ: 28079119912017100023

PONENTE: EXCMO. SR. DON EDUARDO BAENA RUIZ

Asunto: Incumplida la obligación de construir y entregar la vivienda prometida en plazo (o siendo imposible su cumplimiento), el acuerdo extintivo en el que se transa la devolución de una parte de los anticipos, renunciándose al resto, no supone una renuncia a los derechos/garantías irrenunciables que las normas imperativas atribuyen al adquirente para la recuperación de sus anticipos en caso de incumplimiento de la obligación de construir y entregar la vivienda, manteniéndose tanto la garantía de la devolución de los anticipos, si existe, como, si no existe, la responsabilidad de la entidad depositaria de los anticipos por no haber controlado la existencia de la garantía de su devolución, pero ambas limitadas a la cantidad a devolver fijada en la transacción.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. Planteamiento. 5.2. Obligación de la entidad de crédito en que se ingresan los anticipos de controlar la existencia de la garantía de su devolución. 5.3. Mutuo disenso y extinción de la garantía y de la responsabilidad por inexistencia de la misma. 5.4. Incumplimiento del promotor y acuerdo extintivo en el que se transa la devolución de una parte de los anticipos y la renuncia al resto, manteniéndose la garantía y la responsabilidad por inexistencia de la misma respecto a la cantidad a devolver fijada en la transacción. 5.5. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

En enero de 2007, Doña A y Don G compraron a una promotora (SL) una vivienda futura, realizando anticipos a cuenta de su precio (63.636,90 €), que se ingresaron en una cuenta corriente que tenía la promotora en un banco, que era el mismo que financiaba la promoción. Promotora y banco suscribieron una línea de avales para la promoción, pero no se emitió aval individual a favor de los compradores.

En abril de 2010, dado que la promoción no se había iniciado, no podía hacerse entrega de la vivienda, por lo que los compradores y la promotora acordaron resolver el contrato de compraventa, con devolución del 60% de los anticipos a cuenta del precio, pactando la renuncia a cualquier otra acción que las partes pudiesen tener en esa operación inmobiliaria.

Posteriormente, los compradores demandaron al banco, reclamándole el 40% de las cantidades entregadas a cuenta del precio, más intereses, alegando que los derechos que atribuye a los adquirentes la Ley 57/1968 tienen el carácter de irrenunciables, por lo que percibir de la promotora la restitución del 60% de los anticipos realizados no conlleva la renuncia a reclamar el importe restante.

2. Solución dada en primera instancia

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por no haberse entregado aval individualizado a los compradores, sosteniendo que el banco no tenía obligación de entregárselo, sino que lo había de emitir a petición de la promotora.

3. Solución dada en apelación

Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que sostuvo que, aunque la entidad bancaria en

la que se ingresaron los anticipos estaba obligada a exigir a la promotora el aval o seguro impuesto por la Ley 57/1968, por lo que sería responsable del perjuicio que sufriesen los compradores por no existir el aval individualizado, la cuantía reclamada por los demandantes no es un daño que traiga causa de la ausencia de aval sino que deriva de la transacción celebrada entre los compradores y la promotora, por la que de mutuo acuerdo resuelven el contrato de compraventa, devolviendo la promotora a los adquirentes el 60% de los anticipos que realizaron y pactando la renuncia a cualquier otra acción que las partes pudiesen tener, pues la transacción es un negocio jurídico nuevo que modifica el existente, creando nuevos vínculos en sustitución de los anteriores.

4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

Los demandantes interpusieron recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3º LEC, por interés casacional, desarrollado en tres motivos. El primero sostuvo la infracción del art. 7 de la Ley 57/1968, en relación con su art. 1.2ª, alegando que la responsabilidad de la entidad en la que se ingresan los anticipos por inexistencia de la garantía de su devolución es irrenunciable. El segundo se fundamentó en la infracción del art. 1.902 CC, en relación con los arts. 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968, por no exigir el banco al promotor la garantía de la devolución de los anticipos. El tercero se fundamentó en la infracción del art. 1257 CC, que establece la obligatoriedad de la estipulación contractual a favor de tercero, en relación con los arts. 1.2ª y 7 de la Ley 57/1968, en cuanto no se hizo constar en la cuenta corriente abierta una estipulación a favor de los compradores conforme al contenido legal imperativo de la Ley 57/1968 y los derechos irrenunciables que establece.

Los motivos segundo y tercero no se admitieron tanto por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4º LEC) como por incumplir los requisitos de desarrollo al no justificar con suficiente claridad la concurrencia del interés casacional invocado (art. 483.2.3º LEC), señalándose (fundamento de Derecho segundo) que en ambos motivos se omitió la cita de sentencias contradictorias de distintas Audiencias, que las cuestiones que en ellos se planteaban no se habían suscitado en primera instancia (preclusión de alegaciones, art. 400 LEC) y que era un contrasentido pretender que la sentencia recurrida pudiera incurrir a la vez en las dos infracciones señaladas en los motivos segundo y tercero.

El recurso de casación se admitió respecto al primer motivo, afirmando el Tribunal Supremo (fundamento de Derecho segundo) que el interés casacional podía entenderse justificado teniendo en cuenta la razón decisoria de la sentencia de la Audiencia, consistente en que a partir del acuerdo transaccional entre compradores y promotora la devolución de una parte de los anticipos dejó de ser una obligación exigible frente al banco demandado, incluso a la luz de la responsabilidad establecida en el art. 1.2ª de la Ley 57/1968. A

la vista de la razón causal del fallo de la Audiencia, y dada la ausencia de jurisprudencia del TS al respecto, el interés casacional consiste en la necesidad de precisar si el carácter irrenunciable de los derechos del comprador permitiría un acuerdo transaccional como el que se firmó, y si las consecuencias del mismo frente al banco en que se ingresaron los anticipos consisten en que no se le puede exigir responsabilidad alguna respecto de las cantidades transigidas.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Planteamiento

Aunque la cuestión a resolver se centra en si el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos al adquirente (art. 7 Ley 57/1968) permite un acuerdo transaccional sobre la extinción de la relación y la cuantía de anticipos a devolver, así como en determinar cuál es el efecto de tal acuerdo sobre la responsabilidad de la entidad de crédito en que se ingresan los anticipos por no controlar la existencia de la garantía de su devolución (art. 1.2ª Ley 57/1968), en realidad el supuesto y la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017 objeto de este comentario abarcan más cuestiones, como se desprende de la lectura de su fundamento de Derecho tercero.

En primer lugar, en el momento de plantearse el recurso no estaba consolidada la jurisprudencia de nuestro TS que, conforme al art. 1.2ª de la Ley 57/1968, sostiene la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se ingresan los anticipos por no controlar la existencia de la garantía, pero esta cuestión no es problemática porque para el momento en que se dicta sentencia (julio de 2017) ya se había consolidado doctrina del TS sobre la materia, por lo que basta con remitirse a ella.

En segundo lugar, debe notarse que en la sentencia que comentamos (fundamento de Derecho tercero) el Tribunal Supremo distingue correctamente (aunque podía haber sido más claro) entre los supuestos en que el acuerdo extintivo de la relación se produce sin que haya habido incumplimiento del promotor o habiéndose producido éste. En efecto, el alto tribunal diferencia el supuesto y doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 23 de marzo de 2015, en la que hubo un mutuo disenso previo al incumplimiento del promotor, del supuesto tratado en el caso que se resuelve por la sentencia de la Audiencia objeto del recurso, en el que el acuerdo extintivo es posterior al incumplimiento del promotor, como también lo fue en el supuesto de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 23 de septiembre de 2015, a la que también se refiere.

Además, pese a que el recurso se centre en la admisibilidad de la referida transacción y sus efectos sobre la responsabilidad de la entidad en que se ingresan los anticipos por inexistencia de la garantía de su devolución (art. 1.2ª Ley 57/1968), en el supuesto de este procedimiento, en rigor, existió garantía

de la devolución de anticipos, pues como hemos expuesto en el apartado 1 el banco desempeño al mismo tiempo los papeles de financiador de la promoción, garante de la devolución de los anticipos (aunque con una póliza colectiva o línea de avales, sin emisión de avales individuales) y entidad de crédito en la que se ingresaron los anticipos. Que la demanda inicial y el recurso de casación se apoyasen en la responsabilidad del banco en que se ingresaron los anticipos por no controlar la existencia de la garantía de su devolución parece responder a que, en aquel momento, no existía jurisprudencia consolidada de la Sala de lo Civil sobre la eficacia de las pólizas colectivas para vincular al garante aunque no se emitiese póliza o certificado individual, lo que no impidió que en la oposición al recurso de casación el banco plantease el hipotético caso en que fuese considerado avalista, lo que también es resuelto por la sentencia que ahora comentamos. Desde una perspectiva general, es claro que no tienen que coincidir en una misma entidad las condiciones de garante y receptora del ingreso de los anticipos, y también lo es que un acuerdo sobre la extinción de la relación repercute, según los supuestos, en ambas posiciones.

Las consideraciones expuestas sobre la materia tratada en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017 explican la sistemática de los apartados que siguen.

Por último, conviene advertir que aunque en el Derecho vigente (disposición adicional primera de la LOE) haya desaparecido la norma que establecía expresamente el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos al adquirente, no hay diferencia en las cuestiones que se tratan en la sentencia que comentamos, porque los matices introducidos en la reforma de 2015 en el tradicional sistema preventivo de protección del consumidor adquirente no las afectan, y en general, porque dicha reforma ha mantenido el esencial carácter tuitivo del sistema y el carácter imperativo de su regulación, por lo que la supresión de la norma que establecía expresamente el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos al adquirente no puede conducir a una interpretación que rebaje el nivel de protección del mismo (vid. Colino Mediavilla, J. L., 2017, pgs. 25-31).

5.2. Obligación de la entidad de crédito en que se ingresan los anticipos de controlar la existencia de la garantía de su devolución

El contenido del recurso, conforme al momento en que se planteó, obligó al Tribunal Supremo a recordar, como paso previo y de acuerdo con el art. 1.2^a de la Ley 57/1968, que la obligación de la entidad de crédito en que se ingresan los anticipos de controlar la existencia de la garantía de su devolución, y la consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento, eran, en el momento de pronunciarse la sentencia, cuestiones consolidadas en su propia doctrina jurisprudencial, “*por lo que lo único que cabe es ratificarla*”.

La sentencia 226/2016, de 8 de abril, la recoge al afirmar que la sentencia de 21 de diciembre de 2015 (recurso 2470/2012) fijó como doctrina jurisprudencial que «en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que ad-

mitan 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».

Esta doctrina se reitera en las sentencias de 17 de marzo de 2016 (recurso 2695/2013) y 9 de marzo de 2016 (recurso 2648/2013).

Es doctrina de la sala, pues, que la condición 2ª del artículo 1 de la Ley 57/1968 impone al banco una obligación de control sobre el promotor, cuyo incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador”.

En efecto, el sistema preventivo de protección del adquirente impuesto por la Ley 57/1968 establecía, como cierre de seguridad, la exigencia de que la entidad de crédito en la que se ingresasen los anticipos controlase, bajo su responsabilidad, la existencia de la garantía de su devolución (art. 1.2ª). La exigencia se mantiene en el Derecho vigente, pues ha sido acogida en el apartado uno.1 b) de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, nuevamente redactado por la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que ha derogado la normativa de mediadores del siglo XX incorporando su sistema, con modificaciones, a dicha disposición adicional primera.

Por lo tanto, si una entidad de crédito recibe en una cuenta corriente de un promotor ingresos de cantidades anticipadas por un consumidor a cuenta de la adquisición de vivienda futura sin exigir la garantía de su devolución y, posteriormente, el adquirente no puede recuperar tales anticipos y sus intereses legales por no existir la garantía, debe devolverlos la entidad de crédito que recibió los ingresos incumpliendo su obligación de control. Aunque la sentencia que ahora comentamos no se remonta tanto, ya lo había declarado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno de 16 de enero de 2015 (vid. el comentario de Colino Mediavilla, J. L., 2017, pgs. 163-178), confirmándolo con rotundidad la sentencia de 21 de diciembre de 2015, cuya doctrina reproduce la sentencia que comentamos, y otras posteriores que también se citan.

La existencia de esta doctrina jurisprudencial con fundamento en el art. 1.2ª de la Ley 57/1968 no implica, sin embargo, como inmediatamente señala el Tribunal Supremo, que la sentencia de la Audiencia la contradijese, porque la razón por la que desestimó la demanda no se halla en negar tal doctrina jurisprudencial, que asume, sino en que la cantidad reclamada a la entidad de crédito había dejado de ser exigible a la vendedora por los compradores merced al acuerdo alcanzado entre ambas partes.

5.3. Mutuo disenso y extinción de la garantía y de la responsabilidad por inexistencia de la misma

Para resolver si el carácter irrenunciable de los derechos atribuidos al adquirente (art. 7 Ley 57/1968) permite un acuerdo transaccional sobre la

extinción de la relación y la cuantía de anticipos a devolver, así como para determinar cuál es el efecto de tal acuerdo sobre la garantía de su devolución, si existe, y, cuando no exista, sobre la responsabilidad de la entidad de crédito en que se ingresan los anticipos por no controlar la existencia de la garantía (art. 1.2ª Ley 57/1968), el Tribunal Supremo diferencia correctamente entre los supuestos en que el acuerdo extintivo de la relación se produce sin que haya habido incumplimiento del promotor o habiéndose producido éste.

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015 trató el supuesto en que el acuerdo extintivo de la relación se produce sin que haya habido incumplimiento del promotor de su obligación de iniciar la construcción y terminarla y entregar la vivienda en los plazos fijados en el contrato, sentando como doctrina que tal mutuo disenso produce la extinción de la garantía, porque ya no será posible que se produzca el incumplimiento de la obligación de construcción y entrega en plazo del que derivaría (previa resolución por incumplimiento) la obligación de devolver los anticipos objeto de la garantía:

“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 hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda”.

Como dije en mi comentario a esta sentencia, 2017, pg. 182, *“literalmente, la formulación de la doctrina expuesta tiene una incorrección, porque la extinción de la garantía no solo tiene lugar si el mutuo disenso se produce antes del vencimiento del plazo para iniciar la construcción o, si ya se ha iniciado cuando se contrata, antes del vencimiento del plazo de entrega, sino también en el caso, distinto, en que el contrato de compraventa sea anterior al inicio de la construcción, ésta se inicie en plazo y el mutuo disenso se produzca antes del vencimiento del plazo de entrega. No obstante, no parece que haya discrepancia jurídica, sino sólo una redacción ligeramente inexacta. Lo que importa es que el Tribunal Supremo resuelve correctamente la cuestión planteada, apoyándose en dos ideas: la distinción entre el mutuo disenso y la resolución por incumplimiento como causas de extinción de las relaciones obligatorias, y la delimitación del objeto de la garantía de los anticipos en la Ley 57/1968 (obligación de restitución que se garantiza)”.* La interpretación del Tribunal Supremo también es compartida por Estruch Estruch, J., 2017, pgs. 105 y 106.

En consecuencia, como señalé posteriormente, en mi monografía de 2017, pg. 63, *“dado que, tras el acuerdo extintivo con el promotor, el adquirente que realizó anticipos no podrá reclamar del garante su restitución, pudiéndose dirigir solo contra el promotor con fundamento en dicho acuerdo extintivo, conviene subrayar que ningún adquirente que tenga una garantía de la restitución de sus anticipos conforme al sistema preventivo legal debería llegar a un acuerdo de extinción de la relación como el expuesto, previo al incumplimiento por el promotor de su obligación de construir y entregar la vivienda en plazo, sin que, en ese mismo acto, el promotor le restituya las cantidades a que tenga derecho mediante medio de pago seguro”.*

La relevancia de tal recomendación se acentúa si se tiene en cuenta que el adquirente tampoco podría reclamar la devolución de sus anticipos a la entidad de crédito en la que se ingresaron, ni en caso de que hubiese habido garantía, que se habrá extinguido por efecto del mutuo disenso previo al incumplimiento del promotor, ni en caso de que no la hubiese habido, porque aunque la entidad de crédito depositaria hubiese incumplido su obligación de controlar la existencia de garantía, no se daría el supuesto de su responsabilidad, consistente en que, incumplida por el promotor su obligación de iniciar la construcción y entregar la vivienda prometida en plazo, no devuelva los anticipos y, además, el adquirente no pueda recuperarlos de un garante por no haberse constituido la garantía legalmente exigida, cuya existencia debía haber controlado la entidad depositaria (art. 1.2ª de la Ley 57/1968 y, en el Derecho vigente, apartado uno.1 b) de la disposición adicional primera de la LOE). Es decir, si el promotor no cumple la obligación de devolución derivada del acuerdo extintivo previo al incumplimiento de la obligación de construir y entregar la vivienda en plazo, tal incumplimiento no solo no está cubierto por la garantía constituida para la devolución de los anticipos en caso de incumplimiento de la obligación de construcción y entrega (que se extingue por el mutuo disenso), sino tampoco, caso de no haberse constituido dicha garantía, por la responsabilidad de cierre impuesta a la entidad depositaria por incumplir su obligación de controlar la existencia de la garantía, porque tal responsabilidad no puede operar en relación con el incumplimiento de una obligación que no es objeto de la garantía cuya existencia no se ha controlado. La obligación de devolver los anticipos derivada de un mutuo disenso previo al incumplimiento del promotor no está cubierta por el sistema preventivo de protección del consumidor que realiza anticipos para adquirir una vivienda futura: no es objeto de la garantía legalmente exigida para su devolución en caso de incumplimiento de la obligación de construir y entregar la vivienda prometida en plazo ni, tampoco, de la responsabilidad de cierre exigida a la entidad depositaria por no haberse cerciorado de la existencia de dicha garantía al admitir ingresos de anticipos en una cuenta del promotor.

5.4. Incumplimiento del promotor y acuerdo extintivo en el que se transa la devolución de una parte de los anticipos y la renuncia al resto, manteniéndose la garantía y la responsabilidad por inexistencia de la misma respecto a la cantidad a devolver fijada en la transacción

En el supuesto tratado en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 18 de julio de 2017, el acuerdo extintivo del contrato de adquisición de vivienda futura, con devolución del 60% de los anticipos y renuncia al resto, se produce en un momento en que, dado que la promoción no se había iniciado, no podía hacerse entrega de la vivienda, lo que significa incumplimiento del promotor (sea actual, sea imposibilidad de cumplimiento). Por eso dice la sentencia (fundamento de Derecho tercero.4) que, en el acuerdo transaccional, los compra-

dores han renunciado a reclamar una parte de las cantidades que les corresponden como “*derechos adquiridos*”, porque el incumplimiento del promotor genera, previa resolución del contrato de adquisición de vivienda futura, el derecho a la devolución de los anticipos, cuya restitución es obligación del promotor, del garante y, si falta éste, de la entidad de crédito que admitió el ingreso de los anticipos en una cuenta del promotor sin controlar la existencia de la garantía de su devolución. Y también por eso la sentencia que comentamos se refiere (en el mismo fundamento de Derecho tercero.⁴) a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 23 de septiembre de 2015, en la que se trató una transacción de los compradores con la promotora concursada sobre la resolución del contrato y la determinación de las cantidades a devolver cuando ya se había producido el incumplimiento de la promotora (vid. Colino Mediavilla, J. L., 2017, esp. pg. 188).

En consecuencia, como señala correctamente el Tribunal Supremo de la mano de la sentencia de la Audiencia Provincial, en el acuerdo transaccional mediante el que, a la vista de la indicada imposibilidad de entregar la vivienda, las partes extinguen la relación, los compradores renuncian libremente a reclamar una parte de las cantidades (anticipos) a cuya devolución tienen derecho por incumplirse la obligación de entregar la vivienda prometida, pactándose el *quantum* a entregar por la promotora, sin que ello suponga renuncia alguna a los derechos/garantías que, para la recuperación de los anticipos en caso de no entrega de la vivienda y como complemento de la obligación del promotor, establece la Ley 57/1968. Estos derechos/garantías se mantienen, aunque limitados, por efecto de la transacción acordada entre compradores y promotora, a la cantidad que se ha convenido entregar, extinguiéndose respecto a la cantidad transigida, con fundamento en los arts. 1.809, 1826, 1839 y 1852 del CC y en el art. 1.2^a de la Ley 57/1968, sin que ello suponga vulneración alguna del art. 7 de la Ley 57/1968, porque no se renuncia a ningún derecho o garantía atribuido por ella sino que se pacta la cantidad que se va a recibir, renunciándose a la devolución de una parte de los anticipos, tanto respecto al promotor como respecto a los demás obligados a su devolución, derechos ya adquiridos de los que los compradores pueden disponer sin vulnerar la prohibición del citado art. 7. En este sentido, se mantiene la obligación de devolución del avalista/garante (recuérdese que había garantía por existir póliza colectiva, aunque garante y receptor del ingreso de los anticipos sean la misma entidad), pero limitada a la cantidad que se ha acordado devolver (arts. 1826, 1839 y 1852 CC). Y también se mantiene la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se ingresan los anticipos conforme al art. 1.2^a de la Ley 57/1968 (para el caso en que no haya garantía de la devolución de los anticipos), debiendo devolver los anticipos si no lo hace el promotor que ha incumplido la obligación de entrega y los compradores no pueden recuperarlos de un garante inexistente, pero limitadamente a la cantidad fijada en la transacción, porque las cantidades transigidas no dejan de percibirse por inexistencia de garantía de su devolución, sino porque se ha renunciado a que el promotor las devuelva.

En palabras del Tribunal Supremo (número 7 del fundamento de Derecho tercero):

“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).

De ahí que, tanto si constituyeron dichas garantías como si no lo hicieron (supuesto en que deberá responder legalmente la entidad depositaria) 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 la sustituir la relación jurídica anterior por una nueva, por unos nuevos vínculos jurídicos, 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, si, como ha sido el caso, los acreedores (compradores demandantes) renuncian a cobrar todo lo anticipado, y se conformaron con una parte.

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”.

En efecto, tal transacción no supone renuncia a los derechos imperativamente establecidos por las normas a favor del adquirente, sino renuncia de éste a reclamar al promotor una parte de las cantidades que le corresponderían por haberse incumplido la obligación de entrega de la vivienda (dispone sobre su concreto derecho a la devolución de los anticipos, reduciendo su cuantía), lo que repercute sobre la cantidad cuya devolución se garantiza, si hay garantía, y, caso de no haberla, sobre la responsabilidad de la entidad de crédito en la que se ingresaron los anticipos por incumplir su obligación de control, que sigue existiendo (es imperativa y no se puede renunciar a ella) pero reducida en la misma cuantía que el adquirente ha reducido la obligación principal garantizada, porque esta cuantía es la que el adquirente no puede recuperar de un garante que no existe.

5.5. Conclusión

Incumplida la obligación de construir y entregar la vivienda prometida en plazo (o siendo imposible su cumplimiento), el acuerdo extintivo en el que se transa la devolución de una parte de los anticipos, renunciándose al resto, no supone una renuncia a los derechos/garantías irrenunciables que las normas imperativas atribuyen al adquirente para la recuperación de sus anticipos en caso de incumplimiento de la obligación de construir y entregar la vivienda,

manteniéndose tanto la garantía de la devolución de los anticipos, si existe, como, si no existe, la responsabilidad de la entidad depositaria de los anticipos por no haber controlado la existencia de la garantía de su devolución, pero ambas limitadas a la cantidad a devolver fijada en la transacción.

6. Bibliografía

- COLINO MEDIAVILLA, J. L., «Responsabilidades por inexistencia de la garantía exigida por el artículo 1 de la Ley 57/1968 y naturaleza jurídica. Plazo de prescripción de la acción contra la entidad de crédito depositaria de los anticipos y *dies a quo*. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 7º (2015), dir. Yzquierdo Tolsada, M., Dykinson, Madrid, 2017, pgs. 163-178.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L., «La obligación de restitución de anticipos objeto de la garantía exigida por la Ley 57/1968. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 7º (2015), dir. Yzquierdo Tolsada, M., Dykinson, Madrid, 2017, pgs. 179-185.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L., «Póliza colectiva de aval solidario y avales individuales. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 7º (2015), dir. Yzquierdo Tolsada, M., Dykinson, Madrid, 2017, pp. 187-198.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L., *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*, Reus, Madrid, 2017.
- ESTRUCH ESTRUCH, J., *La nueva regulación de las cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas en construcción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

