

Universidad de Granada

Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano

Programa de Doctorado en

“El empresario mercantil y su actividad en el ámbito interno y en el Supranacional.

El carácter negocial del Derecho Mercantil”



**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 38/1,999, DE 5 DE
NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.**

Memoria presentada para la obtención
del Grado de Doctor por la Universidad de Granada

Autor: Eugenia Fernández y Baldomero

Director: Dr. Javier Camacho de los Ríos

Granada, Octubre 2015

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Eugenia Fernández Baldomero
ISBN: 978-84-9125-768-4
URI: <http://hdl.handle.net/10481/55742>

*“La experiencia es como las luces
de popa de un barco, que iluminan
sólo el camino que queda a la
espalda”*

Confucio

AGRADECIMIENTOS

Este, como casi todos los trabajos de investigación, no ha sido un camino en solitario. Por el contrario, su duración y las diferentes etapas por las que ha pasado mi trayectoria profesional han supuesto que muchas personas me hayan apoyado para presentarlo. Evidente me parece que esta tesis es deudora del aliento y los consejos de su Director. Gracias a él por darme la libertad que he necesitado y por confiar hasta el final en los resultados, por guiar mi camino y orientar mis ideas. Importantes han sido también el soporte humano y material del Departamento de Derecho Mercantil de esta Facultad de Derecho y, en general, de la Universidad Granada; también el del Ilustre Colegio de Abogados de Granada y el del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; sin olvidar el de la entidad Caja Granada y BMN, que tanto ha tenido que ver en que me apasionaran, en especial, las distintas formas de prestar garantía. Esta investigación tampoco se hubiera podido llevar a cabo sin la colaboración de algunas de las Asociaciones de Promotores y Constructores, que en la mayoría de los casos han facilitado información muy relevante para conocer la realidad y muy especialmente a Carlos del Rey, Presidente de la *CPAR*. Tampoco puedo olvidar mencionar a Ana Yañez, profesora de Derecho Administrativo de la *Universidad Complutense de Madrid*, a Javier Fernández Baldomero y Mancia Anguita López, profesores de la *Escuela Técnica Superior de Ingeniería Informática y de Telecomunicación, de la Universidad de Granada*, pues sin ellos este trabajo no hubiera visto la luz y a Ramón Carrasco, profesor de la *Facultad de Comercio y Turismo, de la Universidad Complutense de Madrid*. A Manuel Rivera, excelente abogado en ejercicio, por sus siempre instructivas conversaciones. Para terminar, aunque en un lugar muy destacado, está el apoyo personal de quienes han estado a mi lado en los momentos más bajos. Gracias a mi familia, a mi padre, Eugenio Fernández Durán, profesor de Física Teórica y del Cosmos, de la *Universidad de Granada*, durante largos años, por su ejemplo y por enseñarme lo importante de la vida y a mi madre, siempre, por su aliento, ánimo y enseñanzas; a Paloma y a May, a May y a Paloma, mis adoradas hermanas; a Txutxu y, sin lugar a dudas, a Patxi, por Patxi.

ÍNDICE

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS.....	15
RESÚMEN.....	19
CAPÍTULO PRIMERO.- LA PERCEPCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. LOS PROBLEMAS ORIGINADOS Y LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR	29
I. INTRODUCCIÓN	31
II. EL ESCENARIO IDEAL.....	37
III. LA NORMATIVA QUE MODIFICA LA LEY 57/1968	44
1. LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.....	52
2. LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS	71
CAPÍTULO SEGUNDO.- ENFOQUE DE LA NORMA. LAS OBLIGACIONES LEGALES	73
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	75
II. EL ALCANCE DE LA NORMA	77
1. ÁMBITO SUBJETIVO	77
2. VIVIENDAS DESTINADAS A CONSUMIDORES	78
3. MOTIVACIÓN LEGISLATIVA.....	86
4. LOS INCUMPLIMIENTOS GARANTIZADOS	90
III. LAS OBLIGACIONES PRINCIPALES	93
1. LA CONDICIÓN DE GARANTIZAR.....	93
2. LA CONDICIÓN DE PERCIBIR.....	118

3.	LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS.....	120
4.	LAS INFRACCIONES Y LAS SANCIONES.....	123
IV.	LAS OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS	126
1.	PUBLICIDAD DE LA PROMOCIÓN DE VIVIENDAS.....	126
2.	INFORMACIÓN CONTRACTUAL.....	131
V.	LAS PARTES DE LAS DISTINTAS RELACIONES JURÍDICAS	134
1.	EL PROMOTOR.....	134
2.	LAS ENTIDADES GARANTES.....	135
3.	EL ADQUIRENTE.....	136
4.	LA ADMINISTRACIÓN	137
 CAPÍTULO TERCERO.- LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. LA IMPORTANCIA DE LA CUENTA ESPECIAL EN RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS PRESTADAS		
I.	LA CUENTA ESPECIAL	146
1.	INSUFICIENTE REGULACIÓN.....	147
2.	LAS OBLIGACIONES	148
3.	LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL	151
II.	LAS GARANTÍAS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS .	154
1.	EL ORDEN LEGAL PARA CONTRATAR POR EL PROMOTOR, LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	154
2.	GARANTÍAS EN SENTIDO ESTRICTO.....	155
III.	EL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL	157
IV.	ORDEN TEMPORAL ALTERNATIVO.....	164
 CAPÍTULO CUARTO.- LA CUENTA ESPECIAL.....		
I.	NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA ESPECIAL.....	171
1.	ORIGEN DE LA NATURALEZA ESPECIAL.....	173
2.	FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA ESPECIAL.....	175
II.	SUJETOS OBLIGADOS	179

1.	EL PROMOTOR.....	179
2.	LA ENTIDAD DE CRÉDITO.....	180
3.	EL ADQUIRENTE.....	181
III.	REQUISITOS PARA LA APERTURA DE LA CUENTA ESPECIAL	182
IV.	ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS	188
1.	APERTURA DE LA CUENTA ESPECIAL	188
2.	INGRESOS Y DISPOSICIÓN DE LA CUENTA ESPECIAL.....	189
V.	PROBLEMÁTICA Y CASUÍSTICA	192
1.	EMBARGO DE LA CUENTA ESPECIAL.....	192
2.	PIGNORACIÓN DE LA CUENTA ESPECIAL.....	193
3.	PAGO DE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO PARA LA FINANCIACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN.....	194
4.	PAGO CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS	195
VI.	JURISPRUDENCIA.....	196
VII.	CONCLUSIONES.....	199
CAPÍTULO QUINTO.- LOS AVALES SOLIDARIOS COMO GARANTÍA DE DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS..... 203		
I.	AVAL SOLIDARIO Y AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO	205
1.	AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO.....	208
2.	AVAL SOLIDARIO	214
3.	EL AVAL SOLIDARIO DE LA DISPISICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LOE.....	217
II.	LOS REQUISITOS DEL AVAL PARA SERVIR COMO GARANTÍA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS .	224
III.	COMPARATIVA CON LA GARANTÍA PRESTADA MEDIANTE SEGURO DE CAUCIÓN	229
IV.	LÍNEA DE AVALES Y AVALES INDIVIDUALES EMITIDOS AL AMPARO DE LA MISMA	232

V. TOMA DE POSICIÓN.....	236
CAPÍTULO SEXTO.- EL SEGURO DE CAUCIÓN PARA GARANTIZAR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS.....	239
I. EL SEGURO DE CAUCIÓN	242
1. ANTECEDENTES DEL SEGURO DE CAUCIÓN.....	242
2. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA.....	245
3. EL SEGURO DE CAUCIÓN. CONCEPTO Y ENCUADRE SISTEMÁTICO	253
4. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA INDEPENDIENTE.....	260
II. PÓLIZAS FLOTANTES Y CERTIFICADOS INDIVIDUALES DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN	263
III. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN	269
1. LOS REQUISITOS DE LAS PÓLIZAS INDIVIDUALES.....	270
2. OBLIGACIONES DEL TOMADOR-PROMOTOR.....	271
3. CONDICIONES TRASPUESTAS DEL CONTENIDO DE LA ORDEN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1968	274
4. DURACIÓN DE LA GARANTÍA, PRÓRROGA Y PRESCRIPCIÓN	275
5. DERECHO DE REEMBLOSO Y SUBROGACIÓN	281
IV. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA PRESTADA MEDIANTE SEGURO DE CAUCIÓN EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN	284
V. LA CLASE DE SEGURO DE CAUCIÓN REGULADA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN	288
CAPÍTULO SÉPTIMO.- LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDAS CON CANTIDADES ANTICIPADAS PARA SU CONSTRUCCIÓN	293
I. RESCISIÓN Y RESOLUCIÓN. DIFERENCIAS.....	295
II. LA ACCIÓN RESOLUTORIA EN LA NORMATIVA REGULADORA DE LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS CON LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO DURANTE LA CONSTRUCCIÓN	298

III. CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA A INSTANCIA DEL ADQUIRENTE.....	305
1. EL INICIO DE LAS OBRAS Y LA ENTREGA DE LA VIVIENDA	305
2. LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS Y LA APERTURA DE LA CUENTA ESPECIAL.....	317
IV. LA RESOLUCION CONTRACTUAL BAJO LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL	327
V. LA OBLIGACIÓN DE OPTAR ENTRE RESOLUCIÓN O PRÓRROGA DEL PLAZO....	334
VI. TOMA DE POSICIÓN.....	341
CONCLUSIONES GENERALES	343
BIBLIOGRAFÍA	353

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AC	Aranzadi Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AEAT.	Agencia Estatal de la Administración Española
AR	Aranzadi
art. (arts.)	Artículo(s)
BO	Boletín Oficial
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCo.	Código de Comercio
CCJC	Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Colección Digital Complutense
CE	Constitución Española
cfr.	Confróntese
CIF	Código de Identificación Fiscal
cit.	Citado(a)
Coord. (Coords.)	Coordinador (es)
CPAR	Asociación de Empresarios de la Construcción, Promoción y Afines de la Rioja
DA	Disposición Adicional
DCFR	Reglas del Marco Común de Referencia
DIA	Documento de Información Abreviada
Dir. (Dir.)	Director (es)
ed.	Edición/Editorial
EHA	Economía y Hacienda
et al	y otros
etc.	etcétera
Fdo.	Firmado
IVA	Impuesto del Valor Añadido
JUR	Jurisprudencia
LBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEG	Legislación

LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LH	Ley Hipotecaria
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
núm./nº	Número
Op. Cit.	Obra Citada
pág.	Página
PECL	Principes of European Contract Law
Prov.	Providencia
PUB. CCI	Publicación Cámara de Comercio Internacional
RD	Real Decreto
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCL	Repertorio Civil de Legislación
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdP	Revista de Derecho Patrimonial
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDU	Reglamento de Disciplina Urbanística/Revista de Derecho Urbanístico
RDUA	Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía
rec.	Recurso
RES	Revista Española de Seguros
reicaz	Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia de Comunidades Autónomas
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RUGD	Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primer Requerimiento
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	siguientes
SL	Sociedad Limitada
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TAE	Tasa Anual Equivalente
TR	Texto Refundido
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
TSJyAP	Tribunales Superiores de Justicia y Audiencia Nacional
UCD	Unión de Centro Democrático
UNCITRAL	United Nations Comission of International Trade Law

UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
vid.	Véase
vol. (vols.)	Volumen (es)
VPO	Vivienda de Protección Oficial
Web/WWW	World Wide Web

RESÚMEN

1. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

“Gris, querido amigo, es toda teoría y verde el dorado árbol de la vida¹”. Comienzo con estas palabras de Goethe, para intentar explicar los motivos que me llevaron a elegir el tema de la tesis doctoral que ahora presento; motivos que están en estrecha relación con un interés personal por todas las cuestiones, no sólo jurídicas, que se plantean en torno a las garantías en el tráfico mercantil.

Delimitar el objeto de un trabajo de investigación de la envergadura de una tesis no es tarea fácil. En principio, se pretende abarcarlo todo (al menos en mi caso así ha ocurrido) y ello puede conducir a no tratar más que generalidades. Pero, por otro lado, no existen temas aislados, temas que no presenten más problemática que la que antológicamente, les atañe; temas que, en una burbuja de cristal, aislados del exterior, no se vean afectados por la complejidad característica del mundo actual. Estas circunstancias, que sin duda suponen un obstáculo, constituyen al tiempo un reto que, si se supera, enriquece, satisface y forma. La tensión entre centrarme en un tema concreto y no rebasar los límites del mismo para poder hacer de la tesis doctoral una investigación que no se desborde y no por esto desconocer la realidad que lo rodea y los vínculos que pueda mantener con ella, ha sido una constante durante todo el tiempo de su realización. Por ello, considero interesante exponer aquí cómo surgió esta tesis.

Desde un principio, ya desde los cursos de doctorado y las discusiones con los profesores y compañeros, despertó en mí gran interés, no solo la delimitación teórica de las nuevas formas de garantías personales sino también su aplicación práctica en la realidad económica que nos rodeaba. Aquel programa de doctorado, probablemente tuvo que ver con mi definitiva dedicación profesional, como también es responsable del tema de tesis elegido. Mi permanente contacto con las garantías prestadas por entidades financieras y aseguradoras, puso ante mis ojos la Ley 57/1968, sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. La claridad de una Ley es de agradecer a la hora de afrontar las cuestiones prácticas que diariamente han de ser resueltas. Comprender la normativa reguladora de la materia, determinante. Aunque resolvía consultas al respecto, siempre tenía la sensación de que algo pasaba por alto, algo no encajaba. Cuando los años de crisis aparecieron, la Ley cobró un desgraciado protagonismo, ante la contundente realidad de haber sido sistemáticamente olvidada por todos los implicados, no solo promotores, sino entidades garantes, la Administración e incluso, los adquirentes-consumidores protegidos. Entonces surgió la idea, guiada sobre todo por un afán en establecer, por fin, la conexión que hasta entonces se me escapaba. Mi sorpresa fue que no solo caminaba al lado de la mayoría de la doctrina, planteándome sus mismos interrogantes, sino también, de los encargados de resolver los numerosos conflictos surgidos, los tribunales de justicia.

¹ “*Grau, teurer Freund, ist alle Theorie und grün des Lebens goldener Baum*”.

En el planteamiento inicial, me impresionó la cantidad de asuntos que podían ser objeto de análisis en una Ley con un articulado tan reducido (tan solo 7 artículos). Algunos de ellos incluso fuera de mi ámbito de conocimiento, como son las materias de Derecho Penal (actuaciones antijurídicas, calificables como apropiación indebida o estafa) o las sanciones administrativas. Con ello, pronto abandoné ese objetivo “universal” de abarcar todo el articulado de la Ley y empecé a buscar otro objetivo concreto. A veces, estamos tan cerca de la realidad, que ni la vemos y, en este caso, fue mi Director quien me sugirió centrarme en las garantías emitidas por las entidades garantes, basándose en mi experiencia profesional. Aún quedaba por resolver otra preocupación constante que me había rondado desde el momento en que decidí comenzar la tesis doctoral. El estudio jurídico de un tema desde un punto de vista teórico y revisionista es sumamente útil en cualquier materia. Pero tal vez resultara interesante abordarlo desde una investigación práctica, en un intento de acercar el Derecho a la realidad, y comprobar cuál es la relación que existe entre ambos. En palabras de VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (1993), “si realidad y Derecho no caminan juntos, difícilmente tendrá sentido este último y bien podremos decir que se trata de un Derecho - o por mejor decir, un sistema jurídico - inservible”.

Me quedaba un largo camino por delante, pues la jurisprudencia generada por los Tribunales sólo representa un tanto por ciento no muy elevado de los problemas que se suscitan en la labor cotidiana de tantos implicados y con intereses tan contrapuestos. Debía, no solo analizar las múltiples y matizadas opiniones jurídicas de nuestra experimentada doctrina, sino acercarme a las partes implicadas; observar y analizar las razones y motivos de la actuación de cada una de los sujetos, así como comprender, desde su óptica, los reveses sufridos por las tan distintas resoluciones jurisprudenciales. Contrastar sus opiniones, examinar las dificultades para cumplir la Ley o atender a sus criterios para justificar sus posiciones. En definitiva, eran varios los aspectos que en la práctica planteaban interrogantes suficientes para iniciar una investigación en la que Derecho y realidad tuvieran un papel relevante; un estudio en el que se constatará que, como expresaran certeramente VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA (1993), “... Derecho y realidad están continuamente intercambiando sus papeles. El Derecho para ser eficaz debe basarse en la realidad pero también debe tender a modificarla ya que ésta es, en definitiva, su vocación”.

Como inevitablemente se apreciará, han marcado mi tesis doctoral, los trabajos de CAMACHO DE LOS RÍOS², su obra “El seguro de caución. Estudio crítico” (1994) y la Publicación del “Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1997”, entre la mucha consultada, han guiado e iluminado mis momentos de mayor oscuridad jurídica. También los de muchos otros, ANGULO RODRÍGUEZ, EMBID IRUJO, BERGAMÍN SERRANO o ESPIGARES HUETE, a través de innumerables trabajos pero en concreto, de una maravillosa obra, titulada “Las tendencias actuales de los contratos de garantía” (2005), donde analizaban desde diversos prismas, el régimen jurídico y naturaleza de las distintas garantías que emiten las entidades aseguradoras y financieras. Destaca también la obra de ESTRUCH ESTRUCH (2009), sobre las garantías emitidas en virtud de la norma objeto de estudio, que ha servido a muchos para ir afianzando conocimientos sobre la referida Ley, ofreciendo un enfoque dinámico y veraz de la situación actual sobre la materia.

² Mi querido director, además de un reputado autor y excelente profesor.

La delimitación material de esta investigación viene determinada por las garantías emitidas en cumplimiento de la normativa reguladora de la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, en un sentido amplio, entendiendo por dicho concepto, las condiciones impuestas por el legislador, al promotor que pretenda obtener de los adquirentes dichas cantidades anticipadas, o las que hemos venido a denominar en nuestra tesis las medidas de aseguramiento, dejando fuera por consiguiente, otros aspectos no tan relacionados de manera directa con ellas, como pueden ser, el posible concurso del promotor o las ya referidas cuestiones penales, entre otras.

En cuanto a las fronteras temporales del análisis, su punto de partida es el año de aprobación de la actualmente en vigor Ley 57/1968, de 29 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y el de llegada, el momento de escribir la última línea de esta investigación. Por consiguiente, se han estudiado, durante un lapso que abarca cuarenta y siete años, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y las sentencias dictadas por otros Tribunales siempre que se ha podido tener acceso a ellas, así como la mencionada Ley, la normativa que en alguna manera desarrollaba, completaba o modificaba la Ley 57, pero sobre todo, la doctrina jurisprudencial sentada a principios de este año 2015, por el Alto Tribunal y la reciente redacción³ de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación que, a partir del 1 de enero de 2016, entrará a sustituir a la Ley 57, que será simultáneamente derogada. Por último, y desde una perspectiva formal, otra parte de la documentación analizada se materializa en algunos de los modelos de las propias garantías emitidas por algunas entidades financieras y aseguradoras, así como los contratos de cuentas especiales de algunas entidades de crédito, a los que, gentilmente, me han permitido acceder. También he accedido a un sinfín de información disponible por medios electrónicos, páginas webs, etc. y a las reclamaciones y problemáticas de los consumidores, desde la óptica de sus más acérrimos defensores. Todo ello, unido a la información obtenida de Asociaciones de Promotores, me ha permitido obtener una visión bastante certera de las dificultades con que se enfrentan todos los implicados al intentar aplicar la Ley en la materia objeto de análisis y de concretar cuál pueda ser la interpretación que tenga posibilidad real de adoptarse.

Concretando lo expuesto en las líneas anteriores, el núcleo principal de la tesis doctoral consiste en el análisis de 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 simplicidad es una gran virtud, pero se requiere mucho trabajo para lograrla y educación para apreciarla. Y para empeorar, la complejidad vende mejor”⁴. Estas sabias palabras de Edsger Dijkstra pueden muy bien atribuirse al legislador de 1968, que promulgó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Antes de continuar, y aunque lo hemos mencionado con anterioridad sucintamente, al final de la elaboración y preparación del trabajo que ahora presentamos, nos sorprendió

³ Modificada por la Ley 20/2015, de 14 de Julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidad Aseguradoras y Reaseguradoras.

⁴ “*Simplicity is a great virtue but it requires hard work to achieve and education to appreciate it. And to make worse, complexity sells better*”

a principios de este año, sendas sentencias de la Sala de lo Civil, constituida en Pleno, del Tribunal Supremo, de 13 y 16 de enero, que sentaban doctrina jurisprudencial, en relación a determinadas materias relacionadas con el objeto de estudio y que, en cierta forma, provocó una reafirmación en determinadas conclusiones obtenidas y en otras, un revés, pues pese a lo argumentado por el Alto Tribunal, las conclusiones previamente alcanzadas, se han mantenido inamovibles aunque matizadas y alejadas de dicha doctrina jurisprudencial, lo que argumentamos debidamente. Por otro lado, y muy cercano al cierre de este trabajo, se aprobó la modificación de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, en julio de 2015, que será la que, a partir del 1 de enero de 2016, entre a regular la materia objeto de análisis. Inevitablemente, ello nos ha obligado a reconducir y adaptar todo lo anteriormente concluido sin que por ello, hayamos perdido el hilo conductor y el motivo de ser del presente estudio.

Para poder abordar correctamente la investigación central de la tesis se imponía un estudio tanto de la normativa anterior como de la recientemente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, así como de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia para finalmente recaer en la doctrina jurisprudencial sentada por el Alto Tribunal, todo ello en un intento de poner de manifiesto aquellos conceptos e ideas importantes para situarnos en escena. De ahí que la primera parte de este trabajo se centre en la realidad jurídica en esta materia, ahondando en el sistema establecido por el legislador, del que provienen las claves para afrontar la materia específica del trabajo. En un primer capítulo, encontraremos la explicación de los motivos que inspiraron al legislador para articular este entramado de garantías y la forma en que lo llevó a cabo, concretando un esquema de dicho sistema desde una visión perfecta, esto es, sin la intervención en el mismo, de las inevitables alteraciones que en la práctica se producen. Igualmente, recogemos la diversa y dispersa normativa que desarrolla o modifica la Ley 57/1968 así como un esquema de dicho sistema ideal para poder tener una clara visión de conjunto. También, nos hacemos eco, de las modificaciones operadas por el legislador de 1999 en la referida Ley 57/1968, a través de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación. Mediante un exhaustivo análisis de la brevísima redacción de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, cuestionamos si realmente fueron tan nimias sus modificaciones como afirma la doctrina predominante o si la intención del legislador era más ambiciosa, pretendiendo extender el sistema de garantías introducido para la construcción de viviendas a la construcción de todo tipo de edificaciones además de ampliar la obligatoriedad de la norma a cualquier adquirente de viviendas, más allá del protegido consumidor, además de plasmar las repercusiones originadas al introducir las modificaciones que parecían simplemente inevitables, puesto que ya se admitían en la práctica, cuales eran, por un lado, el cambio del tipo de interés aplicable a las cantidades anticipadas cuando procediera su devolución y las consecuencias de admitir como medio de pago los efectos cambiarios.

En el capítulo segundo se realiza un enfoque definitivo de la materia objeto de estudio, mediante un estudio comparativo de ambas normas, la Ley 57/1968 y la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación. Aquí se delimitan conceptos, interpretaciones no solo doctrinales sino jurisprudenciales y se cuestionan algunas de ellas. Se exponen aquellas materias relacionadas, de las que inevitablemente deberemos hablar para comprender los temas centrales de nuestro trabajo pero que exceden propiamente del mismo. Con respecto a las garantías, se analiza su encuadre en

la normativa y se ponen de manifiesto algunas modificaciones que servirían para eliminar aquello que en la norma produce confusión. Igualmente, nos sirve de introducción a las garantías propiamente dichas, el seguro de caución y el aval solidario. En el mismo se tratan, aquellas materias comunes a ambas así como 2 aspectos fundamentales, por un lado, la doctrina jurisprudencial dictada recientemente al respecto y que configura la prestación de las garantías como una obligación esencial por su imbricación en el contrato de compraventa, con virtualidad resolutoria, que no compartimos, y por otro, reflejamos la importancia de diferenciar en relación a dichas garantías, los plazos de vencimiento, caducidad o prescripción, así como el momento en que puede producirse la cancelación de las mismas, análisis que ha venido a ser ratificado por la reciente modificación legal en la materia. Este capítulo pues, cumple con otro objetivo perseguido, cual es los límites temporales de las garantías. Inevitablemente, volverán a hacer su aparición en los siguientes capítulos en los que detenida y separadamente analizamos ambas garantías en sentido estricto. Dedicamos el final del capítulo, de una manera más clara a exponer la distinta percepción que cada uno de los obligados tiene de la realidad, recordando su parcela de cumplimiento marcada por la norma. En él, recogemos por inevitables dos materias, la publicidad y la información contractual, sin las que de alguna forma, todo el sistema de garantías, cuidadosamente levantado, dejaría de tener sentido y de reunir la estabilidad necesaria para su posible aplicación práctica.

Estos capítulos componen la primera parte introductoria de este trabajo.

Con respecto al tercer capítulo, que se revela como imprescindible para adentrarnos en los pilares fundamentales de nuestro trabajo, podemos afirmar que constituye una especie de punto de partida y de punto de llegada al centro de nuestro trabajo. En el mismo se rompe con la tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia de interpretar ambas medidas, la de constituir las garantías y la de apertura de la cuenta especial, de forma separada. En el mismo, tras una separada exposición de ambas, nos centramos en la importancia del ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial, en relación con las garantías prestadas por cualquiera de las entidades garantes. Partimos de la doctrina jurisprudencial dictada en esta materia recientemente, continuamos recordando el orden temporal establecido por el legislador para la contratación por el promotor de ambas medidas, primero la garantía y, posteriormente, la cuenta especial, para, paradójicamente tan temprano en la exposición de esta tesis, acabar respondiendo a uno de los principales objetivos de la misma, cual es la delimitación del alcance o extensión de las garantías prestadas por las entidades garantes. La conclusión a la que llegamos en este capítulo, marcará inevitablemente los siguientes mucho más específicos de todas y cada una de las medidas de garantía recogidas en la norma.

En el capítulo cuarto, analizamos en profundidad la cuenta especial, desde la óptica de su recién recuperada importancia en el garante sistema que analizamos. No es que su importancia no fuera patente, puesto que el sentido principal de la cuenta especial no es sino proteger al adquirente estableciendo no solo un control sobre el destino de los fondos pero no solo ello; su importancia, a nuestro juicio sin parangón radica en lo determinante del ingreso de las cantidades anticipada en ella desde el punto de vista de las garantías contratadas por el promotor. Nos detenemos en plasmar su naturaleza, identificando el origen de la misma para poder comprender de una manera más perfecta su funcionamiento y se intenta delimitar el alcance de la responsabilidad de la entidad depositante, que marca el legislador. Sin embargo y derivado de dicho enfoque práctico y cercano a los problemas que su real aplicación origina, nos adentramos en el análisis,

obligadamente breve por la reiterada importancia de no desviar la atención del objeto central de la tesis, en una curiosa casuística relacionada con la cuenta especial, cuales son, la posibilidad de embargo o pignoración de las cantidades depositadas así como si determinadas disposiciones pueden o no considerarse como “atenciones derivadas de la construcción”, al igual que la recopilación de resoluciones sobre la naturaleza y otros aspectos relacionados con la cuenta especial, del Tribunal Supremo, Audiencias Provinciales y algún Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. No resultan baladí dichas aclaraciones. Las relaciones entre entidades financieras y los promotores se enfrentan constantemente a dicha suerte de varas. Al final del mismo se aportan conclusiones y un modelo de certificado de cuenta especial que, oportunamente, podrían emitir las entidades financieras como prueba irrefutable de su apertura por el promotor.

Los capítulos quinto y sexto, desarrollan las garantías prestadas mediante seguro de caución, el primero de ellos, y la prestada mediante aval solidario, el segundo. El análisis es completo, deteniéndonos en la importante diferencia entre póliza flotante de seguro de caución y el seguro de caución propiamente dicho, con emisión del correspondiente certificado individualizado; o entre la línea de avales y el propio aval solidario. En definitiva, se procede a concretar la naturaleza y particularidades de cada una de las garantías para finalmente, centrarnos en los requisitos que el legislador del 2015 exige a las garantías denominadas individuales, para que puedan servir a la finalidad de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes para la construcción de viviendas y en los que aportamos nuestra opinión sobre la clase de garantía realmente, a nuestro juicio, exigida por el legislador con la reciente modificación para acabar con un simple estudio comparativo de ambas garantías, una vez analizadas las mismas.

Si bien estos capítulos son los centrales de esta tesis, el que viene a continuación y con el que concluimos nuestro trabajo se antoja definitivo para puntualizar y defender debidamente ideas y posiciones que en cierta manera han ido acompañando al lector durante todo el desarrollo de nuestras hipótesis y conclusiones, que de alguna manera quedan así reafirmadas.

En el capítulo séptimo, tratamos ampliamente la resolución objetiva otorgada por el legislador al adquirente de las viviendas, su alcance y límites, sus exigencias y la peculiaridad de este tipo de resolución creada por el legislador y ratificada por la jurisprudencia. También exponemos nuestras conclusiones entre las que defendemos la clara necesidad de resolver con el promotor, esto es, la parte del contrato principal, el contrato de compraventa previo a la reclamación al garante de las cantidades. Dicha necesidad no implica ni una resolución judicial previa –como así lo mantiene la jurisprudencia- ni tampoco conllevará la necesaria subsidiariedad de las garantías. La modificación realizada por el legislador en esta materia si bien, a nuestro juicio viene a corroborar la necesidad de dicha resolución frente al promotor, confunde introduciendo el requisito de reclamación previa de la devolución de las cantidades al promotor. Es dicha confusión la que nos lleva a enfrentarnos e intentar resolver el dilema sobre la clase de garantías pretendidas por el legislador en la reiterada reciente modificación, en los capítulos denominados centrales de esta tesis.

Como colofón baste mencionar que era de obligado cumplimiento, ir incluyendo, a lo largo de toda la tesis, la doctrina jurisprudencial y criterios sentados por el Tribunal Supremo, en el intenso año 2015 en la materia objeto de estudio y ello puesto que sin

lugar a dudas ha servido de inspiración o de ánimo a la labor desarrollada por el legislador tras casi cincuenta años de reclamo doctrinal.

Finalmente, quisiera referirme a los objetivos últimos de la tesis doctoral que ahora se presenta. Estos no han cambiado a medida que la investigación avanzaba y conforme iba enlazando unos temas con otros y profundizando en ellos pero sí de alguna manera han experimentado un giro de 180° en su enfoque original, de tal suerte que si bien partíamos de la rotunda e invariable idea de que las garantías, seguro de caución y aval solidario, debían constituir nuestra piedra angular, con la paralela importancia de la cuenta especial pero con un claro predominio de las primeras sobre la segunda, el objetivo marcado con respecto a delimitar el alcance, condiciones y límites de aquellas, nos arrastró inexorablemente a marcarnos un parecido objetivo con respecto a la cuenta especial. Logrado éste paralelamente al primigenio, volvimos a la consideración inicial del innegable predominio de las primeras sobre las segundas en cuanto a lo fundamental de su constitución más desde un enfoque opuesto: el verdadero alcance de las garantías ideadas por el legislador, se asentaba en la existencia de la cuenta especial y no se entendía su plenitud, sin en el ingreso en ella de las cantidades anticipadas.

Evidentemente han surgido nuevos interrogantes no previstos en un principio pero con su resolución hemos intentado, sin olvidar cuál es la naturaleza jurídica de cada tipo de garantías, realizar un análisis pausado y crítico que permita arbitrar soluciones concretas e idóneas para que todos los obligados por la norma actúen con seguridad jurídica.

2. METODOLOGÍA

La metodología que se ha seguido para la redacción de la tesis doctoral es el método histórico crítico y la jurisprudencia de intereses. Se ha realizado un estudio crítico del sistema legal y su reciente modificación, con una descripción de la actual tendencia en la interpretación de dicha norma. Se ha insistido en diseñar y formular interrogantes que en su respuesta cuestionen lo anterior y permita elaborar un sistema idóneo que otorgue seguridad jurídica a todos los implicados, facilitando el conocimiento del alcance de sus responsabilidades al respecto.

Se ha llevado a cabo un análisis doctrinal y jurisprudencial, en especial respecto de las garantías y obligaciones de los promotores y entidades garantes, para inferir soluciones para los problemas detectados y obtener soluciones.

En cuanto a las fuentes utilizadas, destacan tanto los Decretos y Órdenes que desarrollaban o complementaban a la Ley 57/1968, objeto de estudio, y aquellos otros fundamentales para comprender el alcance de determinadas exigencias legales, tales como el derogado Decreto 9/1963, sobre percibo de cantidades en viviendas de protección oficial, la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre el seguro de afianzamiento o los Decretos 3114/1968 o 3115/1968 sobre la aplicación de la norma a las comunidades de propietarios o cooperativas de viviendas, el primero de ellos o sobre la exclusión de la misma a determinados organismos oficiales. Igualmente, se ha analizado la normativa sobre publicidad e información contractual y de defensa y protección de consumidores y usuarios, y así hemos analizado, la Orden de 5 de octubre de 1968, o la Ley 26/1984, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, así como el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, derogando aquella expresamente; el Real Decreto 515/1989, de protección de consumidores e información

a facilitar en la compraventa de viviendas, así como la correlativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía: el Decreto 218/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Información al Consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas de Andalucía, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de Consumidores en Andalucía y el Decreto 103/2004, de 16 de marzo, de atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la base del estudio está constituida por 113 sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales o Juzgados de Instancia e Instrucción, tanto de la sala de lo civil como, en algunos casos, de lo penal. Con ello se ha conseguido una visión general muy útil que ha permitido enmarcar la materia objeto de estudio a través de la jurisprudencia.

En cuanto a la doctrina jurídica, los elementos que han servido de apoyo para la realización de este trabajo se incluyen en la bibliografía.

Además de fuentes, jurisprudencia y doctrina, se ha contado con la orientación de cada parte de las implicadas en el sistema garante, establecido por el legislador que han facilitado información sobre la problemática que se les plantea en su quehacer diario y los mecanismos que utilizan para abordarla.

En esta investigación no se ha trasladado puntualmente dichas apreciaciones recogidas a lo largo de años pues carecía de sentido; sin embargo, ha servido de base para afrontar el estudio de la materia y alcanzar las conclusiones, reflejándose en cada una de ellas dichos conocimientos e inspirándome para encontrar la interpretación idónea de la norma que permita aunar los distintos intereses en conflicto.

Tampoco hemos elaborado un epígrafe concreto dedicado al estudio del Derecho comparado. Ello se puede justificar atendiendo al objetivo último de este trabajo: si se ha realizado un estudio práctico sobre la aplicación y ejecución de las garantías, involucrando a aquellos implicados en las distintas relaciones que se desarrollan, lo correcto para poder comparar nuestra situación con la de otros países, sería contar con los mismos datos o, al menos, con un volumen de información similar. Un trabajo así llevaría toda una vida y no estoy segura de que la relación esfuerzo-resultados fuese satisfactoria. Por otro lado, comparar la realidad de nuestro país con la de otros Estados vecinos, con datos totalmente dispares, no parece metodológicamente adecuado, pues la diversidad de parámetros haría que los resultados no fueran fiables. Por todo ello, resolví no incluir un capítulo específico dedicado al estudio de la regulación de las garantías prestadas mediante seguro de caución o aval solidario sobre la materia que nos ocupa en el Derecho comparado.

En cuanto a las transcripciones literales, se reproducen entre comillas.

En este trabajo se han utilizado abreviaturas por lo que se incorpora un listado de las mismas para su pronta identificación.

3. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Antes de entrar de lleno en el tema objeto de estudio, quisiera hacer una precisión de orden terminológico que considero necesaria.

El lenguaje no es inocente. Como ya señaló hace algunos años SÁINZ MORENO (1976), “la forma y manera de exponer el pensamiento hace posible que la frase exprese más que lo que expresa la simple suma de los significados de las palabras”. Partiendo de dicha premisa, es importante resaltar que algunas de nuestras conclusiones tienen como punto de partida el lenguaje utilizado en la norma y la interpretación que hemos dado a lo que, a nuestro juicio, quería expresar el legislador.

En ocasiones, el simple análisis del lenguaje, nos llevará a realizar deducciones, distanciadas de las doctrinales, que quizá se alejen de la correcta interpretación pero no por ello carentes de cierta lógica y que en todo caso, se han argumentado debidamente. Un ejemplo claro de lo que expresamos, se podrá observar en la exposición del alcance y sentido de la modificación que sobre la Ley 57/1968, se realizó en el año 1999, con aquella originaria redacción de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación.

En otras, la utilización de idéntico término lingüístico para expresar dos conceptos jurídicos, nos ha obligado a identificar la diferencia, cada vez que hacíamos referencia al párrafo o artículo en concreto. Así la utilización del sustantivo “garantía” o el verbo “garantizar” sin la precisión deseable, nos arrastra constantemente a matizar el término a lo largo del trabajo de tesis.

4. CONSIDERACIONES

Dos últimas puntualizaciones. Los resultados de este trabajo de investigación son esperanzadores. Si bien en un primer momento considerábamos ineludible una reforma en profundidad y definitiva si quería protegerse al destinatario de una norma de “*ius cogens*” a la vez que preservar la seguridad jurídica de las entidades garantes y la entidad depositaria, tras la reciente reforma y las conclusiones obtenidas, las incorrecciones detectadas no suponen una quiebra del sistema; cierto que es mejorable, pero las modificaciones podrían abordarse sin excesivos problemas de implantación.

El logro de los objetivos iniciales, han revelado como fundamentales la introducción de ciertas prácticas en el quehacer diario de las entidades garantes con el objetivo de mejorar su actuación y permitir el correcto funcionamiento del sistema ideado por el legislador.

En definitiva, todas las medidas se entrelazan y a lo largo de la exposición, todos los aspectos tratados van confluyendo hacia el objetivo central cual es, la adecuada interpretación sobre el alcance, límites cuantitativos y temporales y ejecución, de las garantías prestadas mediante seguro de caución o aval solidario.

**CAPÍTULO PRIMERO.-
LA PERCEPCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS
EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS.
LOS PROBLEMAS ORIGINADOS Y LA RESPUESTA
DEL LEGISLADOR**

I. INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del siglo pasado, como reacción a la Circular de 1 de diciembre de 1965 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y como consecuencia de la comisión de abusos producidos en los contratos de cesión de viviendas en los que se pactaba la entrega anticipadas de cantidades por los cesionarios, los cuales produjeron una justificada alarma en la opinión pública (según reza la propia Exposición de Motivos), vio la luz la, en breve derogada⁵, Ley 57/1968, de 27 de Julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

MUÑOZ DE DIOS⁶, expresaba que la Fiscalía emitió la Circular “...excitando el celo del Ministerio Público para la defensa de los actos que puedan ser presuntivamente delitos contra la comunidad o convivencia social y el interés público en los que se incluyen los del delito masa a que pueda dar lugar la venta de viviendas futuras”.

Con la referida Ley y con el doble objetivo de garantizar, por un lado, la aplicación real y efectiva, a la construcción de sus viviendas, de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de las mismas y, por otro, la devolución de dichos medios económicos en el supuesto de que la construcción de las mismas no se llevaran a cabo; se establecieron, con carácter general, normas preventivas que garantizaran dichos objetivos.

El carácter general de las normas establecidas en la Ley, obligaba a toda diversidad de Promotores existentes, salvo que, el Gobierno, a propuesta del Ministro de la Vivienda y en base a determinadas características de los Promotores⁷, acordara eximirlos de la aplicación de dichas medidas.

⁵ Derogada expresamente por la Disposición Final Tercera: “Modificación de la Ley 38/1.999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Cuatro”, de la Ley 20/2015, de 14 de Julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que añade una disposición derogatoria tercera con la siguiente redacción: “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y, en particular, las siguientes:

- a) La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas...”

Esta disposición, al no establecer excepción al respecto la Disposición Final Vigésima Primera de la Ley, entrará en vigor el 1 de enero de 2.016.

⁶ MUÑOZ DE DIOS, G. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, *RDP*, 1981, página 1064. En este sentido puede verse a DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción”, *Tirant lo Blanch*, 2011 y del mismo autor “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011, páginas 155-176. GARCÍA-ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de prehorizontalidad y la situación jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, 1982, habla sobre la gran repercusión que tuvieron los denominados “timos de las inmobiliarias”, páginas 931 y siguientes.

⁷ Esta autorización al Gobierno, se establecía pensando en Entidades y Organismos que por sus normas de constitución, por su organización, funcionamiento y fines, pudieran ofrecer garantías suficientes; esto es, en aquellas Entidades y Organismos de carácter oficial, según fijaba la Disposición Final Primera de la Ley. Y así, el Decreto

Evidentemente la adquisición de una futura vivienda, mediante la firma de un contrato privado de cesión de vivienda⁸, interesa a las partes intervinientes: comprador y vendedor.

No solo al comprador, por cuanto el precio, al “comprar sobre plano”, suele ser más económico que si la vivienda se encontrara construida, sino también, al vendedor, puesto que formalizar dichos contratos de cesión con los compradores de toda una promoción, antes de haber iniciado o finalizado las obras de construcción de las viviendas, supone para el promotor, una tranquilidad en cuanto al destino de la promoción, asegurándose la firma de los futuros contratos de compraventa y eliminando el riesgo de que la construcción no llegara a venderse, una vez finalizada.

La problemática que con este trabajo abordamos, comienza cuando, en dichos negocios jurídicos, se pacta la entrega de cantidades anticipadas del adquirente al Promotor. En estos casos y en palabras de ESTRUCH ESTRUCH⁹, “...estas cantidades que recibe el promotor-vendedor antes de iniciar la construcción de la vivienda o durante la misma le sirven para financiar su actividad sin coste alguno”¹⁰, o como bien señala, en este sentido, CHAMORRO POSADA¹¹, se trata de una auténtica “...financiación no bancaria al promotor”. Por otra parte, el adquirente se beneficia de un aplazamiento en el pago de las cantidades, lo que se traduce en una mayor facilidad de pago y, en último término, en una mayor accesibilidad a una vivienda¹².

3115/1968, de 12 de diciembre, en su artículo 1, establecía la posibilidad de exceptuar a determinados organismos de carácter oficial: “Se podrán exceptuar de la aplicación de las normas que establece la Ley 57/1968, de 27 de julio, en relación con la obtención de entregas de dinero de los cesionarios antes de iniciar o durante la construcción de viviendas que no sean de protección oficial: a) Ayuntamientos, Mancomunidades, Diputaciones Provinciales y Cabildos Insulares; b) Patronatos Provinciales y Municipales constituidos con el exclusivo objeto de construir viviendas para funcionarios, empleado y obreros de las respectivas Corporaciones; c) Delegación Nacional de Sindicatos, tanto si construye por sí o por mediación de la Obra Sindical del Hogar y Arquitectura; d) Ministerios y Organismos del Movimiento que construyan viviendas por sí o mediante la creación de Patronatos; e) Instituto Nacional de Colonización; f) Instituto Social de la Marina; g) Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana; h) Corporaciones y Colegios Profesionales; i) Gobiernos Generales de Ifni y Sahara; j) los que por Decreto puedan ser incorporados a esta relación”; posibilidad que se articulaba con la obligación por parte de los referidos organismos públicos, de solicitar la excepción, esto es, no operaba de forma automática, debiendo ser otorgada dicha excepción por el Consejo de Ministros que fijaba la cuantías máxima de las cantidades que se podrían percibir.

⁸ Expresión utilizada por la referida Ley 57/1968, de 27 de julio.

⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las Garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, *Civitas-Thomson Reuters*, 2009, pág. 20.

¹⁰ Otros autores igualmente, resaltan dicho aspecto y así GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. “La situación de prehorizontalidad y la proyección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, 1982, pág. 929, insiste en que los compradores “...financian con sus recursos propios una parte, al menos, del importe de la construcción” o también, DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas”, en DE LEÓN ARCE, A. (*Dir.*), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2000, pág. 497 menciona al financiación que a través de los consumidores y sus cantidades anticipadas, consiguen los promotores.

¹¹ CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, *RDU*, núm. 182, 2000, pág. 149.

¹² Derecho constitucional recogido en el artículo 47 de nuestra Constitución Española: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada...”, y que constituye un bien básico.

Pese a beneficiarse de la realización de dichas entregas anticipadas; ambos asumen también riesgos o costes y así:

- Por un lado, el promotor-vendedor, en el estricto cumplimiento de las normas preventivas de la referida Ley asumirá el coste que supone la contratación y emisión de las garantías, por Entidades Aseguradoras o Financieras¹³.

Lamentablemente, como veremos más adelante, en la práctica¹⁴, la mayoría de promotores optan por no suscribir dichas garantías para economizar costes, y ello debido, entre otros motivos, a la tibieza normativa en cuanto a la sanción del incumplimiento de la Ley o como CARRASCO PERERA¹⁵ indica al “...defectuoso sistema sancionatorio...”, toda vez que se establece por la Ley de Ordenación de la Edificación que se impondrán las multas por las Comunidades Autónomas, no constituyendo, dicha determinación, una obligación para aquellas “...que tengan asumidas (y son todas) competencias en materia de vivienda”.

- La situación del comprador, sin embargo, es más comprometida. Tras la espera y esfuerzo económico que éste realiza, si el promotor no entregara la vivienda, en el mejor de los casos, obtendría, tras la “*rescisión*” del contrato, la devolución de las cantidades anticipadas más el interés legal¹⁶, frustrando su interés último y fundamental, cual es, el de disponer de una vivienda.

Además, en el Derecho español, el comprador no adquiere la propiedad de la vivienda hasta que no se otorga la correspondiente

¹³ Debiendo “Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda”.- Disposición Adicional Primera. Uno. 1. a) Percepción de cantidades a cuenta el precio durante la construcción, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, modificada por la Ley 20/2015, de 20 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia, de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

¹⁴ Las compañías de seguros estiman que en las viviendas libres sólo el 30% de las promociones cumplen con lo establecido en la Ley 57/1968, elevándose el incumplimiento de lo regulado en el Decreto 9/1963, de 3 de enero, en las promociones de VPO al 70%. Véase también en este sentido CARRASCO PERERA, Á., “Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación”, *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 2007, página 555. MONDÉJAR PEÑA, M. I., “El Afianzamiento de las Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas”. *RJUAM*, núm. 16, 2007-II, pp. 209-221, afirma: “Ni las entidades financieras, ni los fedatarios públicos o registradores, ni las Administraciones urbanísticas comprueban el cumplimiento de la obligación de asegurarse”.

¹⁵ CARRASCO PERERA, Á. y AAVV, “Derecho de la Construcción y la Vivienda”. *Editorial Diles, S.L. 5ª Edición*, pág. 524.

¹⁶ “...desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”. - Disposición Adicional Primera. Dos. 1. b) y 2. a) de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, modificada por la ya mencionada Ley 20/2015, de 20 de julio.

escritura pública, lo que ha llevado a algunos autores¹⁷ a reclamar una especie la creación de anotación preventiva o nota marginal en el Registro de la Propiedad que impida la disposición de la vivienda en construcción a favor de tercero o la enajenación en contra del titular del asiento provisional de adquisición, pues en la actual regulación y como algunos ponen de manifiesto, la vivienda “puede haber sido vendida a otra persona protegida por el artículo 34 de la LH, o con mejor derecho que el comprador de que se trate, o puede haber sido embargada por deudas del promotor, o hipotecada o gravada por éste, etc.”¹⁸.

Así, si la vivienda no llegara a construirse, el comprador realmente no obtiene la propiedad de la misma, viéndose obligado a reclamar al promotor la devolución de las cantidades y, en el supuesto en que éste no pueda devolverlas, como afirma CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁹, “...el crédito que ostenta el comprador frente al constructor no es privilegiado y, en caso de insolvencia de éste, carece de preferencia”.

O en palabras de CARRASCO PERERA et al²⁰, “...dado que estos compradores de pisos futuros no dispondrían en la generalidad de los casos de ningún tipo de garantía convencional o legal (su crédito no tiene privilegio refaccionario ni goza de las ventajas de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil), la restitución de estas cantidades no sería posible en caso de quiebra del promotor, o sería prácticamente ineficaz ante una situación de insolvencia en que concurrieran acreedores privilegiados. Esta escasa cobertura del riesgo era tanto más acuciante cuanto que normalmente el adquirente de vivienda invertía en esta adquisición la práctica totalidad de sus ahorros”.

La Ley pretendió garantizar además, como ya hemos comentado y según recoge en su Preámbulo²¹, que los medios económicos anticipados se

¹⁷ Véase GARCÍA-ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de prehorizontalidad...”, op. cit., páginas 946 y siguientes, sobre la creación de una anotación preventiva y a MUÑOZ DE DIOS, G. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras...”, op. cit., páginas 1071 y siguientes, en relación a la nota marginal.

¹⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 20, pie de página 9.

¹⁹ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, *CCJC*, 1998, núm. 46, pág. 62. En el mismo sentido puede verse igualmente CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Régimen Jurídico de la Edificación*, Pamplona, 2007, pág. 541 o GARCÍA MEDINA, J. “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, *Sentencias del TSJyAP y otros Tribunales*, núm. 10/2006 [BIB\2006\873].

²⁰ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Derecho de la construcción y la vivienda”, *Editorial Diles, S.L.*, 5ª edición, Madrid, 2005.

²¹ “La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, ... obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”.

aplicaran real y efectivamente, a la construcción de la vivienda, lo que le obligaba a fijar normas preventivas para su consecución.

Entre ellas, no solo estaba el establecimiento de unas garantías para la devolución de las cantidades anticipadas, sino la apertura de una cuenta especial donde se ingresaran dichas cantidades y de las que solo pudiera disponerse para la construcción de las concretas viviendas para las que aquellas se anticipaban. La falta de concreción, por parte del legislador, sobre el funcionamiento de esta última, ha originado, en nuestra opinión, que dicha medida pierda su eficacia para con el objetivo pretendido.

Es definitiva, es cierto que nos encontramos ante una Ley dirigida a un obligado principal, cual es, el promotor de las viviendas en construcción que pretenda recibir anticipadamente cantidades de los adquirentes de las mismas, pero también, introduce una especie de “compañeros de obligación” para acompañar al promotor y así le obliga a este, a garantizar las cantidades anticipadas mediante contrato de seguro otorgado por una entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros, o mediante aval solidario prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Cajas de Ahorros.

Lo que se pretende, en palabras de MAGRO SERVET²², no es sino “...evitar que lo que se trata de cubrir se acreciente con un nuevo problema de falta de cobertura de la entidad que, en teoría, garantizaba”, por lo que “no es válido cualquier contrato de seguro o cualquier aval, sino aquellos que se concierten con entidades específicamente autorizadas”.

Una ley que se esmera en marcar al promotor un claro orden temporal para el cumplimiento de las obligaciones encomendadas, establecidas únicamente para el logro del fin último de la Ley, cual es, la protección del adquirente, mediante la segura devolución de las cantidades anticipadas y los intereses de las mismas, para el supuesto de que el promotor incumpla en plazo con sus obligaciones de inicio y entrega de las viviendas.

Sin embargo, la realidad de la promoción y la construcción de viviendas, difiere mucho del escenario ideal descrito en la Ley, a lo que además ha de añadirse por un lado, el poco control que el promotor recibe, en este sentido, por las Administraciones correspondientes y, por otro, la falta de concienciación del comprador-adquirente, de la necesidad de conocer y exigir los derechos establecidos por la Ley en su beneficio, en el momento de la firma del contrato con el promotor.

Como DIÉGUEZ OLIVA²³ afirma “...tradicionalmente se ha criticado que el legislador haya preferido interponer a un tercero en las relaciones

²² MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el artículo 3.2 Ley 57/1968, de 27 de julio en relación con el artículo 517.2.9º LEC”, *Boletín de contratación inmobiliaria El Derecho*, núm. 45, abril 2008, pág. 1.

²³ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009 1, Editorial Aranzadi, S.A., [BIB\2009\79].

financieras entre el consumidor y el promotor que por el contrario exigir o ejercer un mayor control sobre la situación financiera de las entidades de todo tipo y volumen que se dedican a la promoción inmobiliaria, control que hubiera disminuido el riesgo, hoy ya realidad, de insolvencias y situaciones concursales de muchas de ellas”.

Todo ello, ha obligado a los órganos judiciales a interpretar la norma, empleando un excesivo celo para proteger al adquirente-consumidor, en base a la irrenunciabilidad de sus derechos²⁴, que ha ocasionado no pocas resoluciones judiciales, a nuestro juicio, desmedidas y provocadoras de una gran inseguridad jurídica para las entidades financieras y aseguradoras que facilitan el cumplimiento de estas obligaciones legales establecidas para el promotor.

En un momento ya avanzado del estudio y del análisis de las deficiencias de la Ley de 1968, nos sorprendió la modificación de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, con la finalidad de ser la nueva norma reguladora de esta materia a partir del 1 de enero de 2016, fecha de entrada en vigor de la Ley que la modifica y que viene a derogar la mencionada Ley 57/1968.

Dicha modificación, como iremos analizando, si bien acertada en algunos aspectos que ya sugeríamos en nuestro análisis, aún dista mucho de ser aquella que fije un escenario de obligaciones y responsabilidades claramente delimitadas.

Entremos a analizar dicho escenario ideal que el legislador pretende se produzca en la realidad, para garantizar la percepción de cantidades anticipadas a, o durante, la construcción de viviendas.

²⁴ Sabiamente eliminada, a nuestro juicio, dicha irrenunciabilidad en la última modificación operada en 2015, sobre la normativa reguladora de la materia.

II. EL ESCENARIO IDEAL

El legislador establece mediante la Ley 57/1968 y lo mantiene tras la actual modificación de la disposición adicional primera de la LOE²⁵, una secuencia clara que ha de cumplir aquel promotor de viviendas que desee percibir cantidades anticipadas de los adquirentes durante todo el tiempo que dure la construcción²⁶, o como algunos lo denominan "...secuencia temporal prevista en la Ley..."²⁷, al referirse al otorgamiento de las garantías.

En realidad, a nuestro juicio, consiste en todo un entramado o mecanismo jurídico, bien articulado y con la intervención de entidades garantes, ajenas al obligado principal, para que el adquirente de las viviendas en construcción, al que el promotor exige el anticipo de cantidades antes, no solo de la entrega de la vivienda, sino incluso de iniciar las obras de construcción de la misma, esté protegido, y, en caso de incumplimiento del promotor en los plazos estipulados, tenga la certeza de obtener y obtenga, al menos, la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses correspondientes.

Sin embargo, es cierto que dicho proceso es objeto de crítica por la doctrina, no solo porque, como señala BENAVENTE SEGORB²⁸, el "...proceso ideal pensado por la Ley 57/1968 resulta demasiado rígido, con lo que en muchas ocasiones la realidad le sobrepasa...", o porque como indica CARRASCO PERERA²⁹, al referirse a la necesidad de entrega, a la firma del contrato, de la garantía individual prestada mediante seguro de caución que "...es una exigencia de imposible incumplimiento, pues el asegurador sólo emitirá esta póliza cuando se le acredite la firma del contrato...", sino porque además, como afirma ESTRUCH ESTRUCH³⁰, "...esta secuencia temporal casi nunca se produce en la práctica...y ello es así porque lo normal es que los promotores aperturen las cuentas especiales antes de recibir ninguna cantidad por los compradores, por lo que difícilmente pueden existir avales específicos referidos a la entrega de

²⁵ Pese a que en este capítulo mencionamos la Ley 57/1968 y la normativa que le afecta, el escenario ideal, se configura teniendo en cuenta las modificaciones ya operadas en el 2015, puesto que, en poco difieren de lo recogido originariamente en la Ley y sí aclara, por establecerlo, plazos concretos para el cumplimiento de sus obligaciones.

²⁶ Independientemente si la/s entrega/s se realiza/n de una vez a la firma del contrato, o en varias veces posteriores a dicha firma, o en una única vez posteriormente a la firma, pero siempre antes del inicio de las obras o de la entrega de la vivienda.

²⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las Garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit., pág. 117.

²⁸ BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", *RGD*, 1998, pág. 14658.

²⁹ CARRASCO PERERA, A., "Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación", *Thomson Aranzadi*, tercera Edición, 2005, pág. 468.

³⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit., pág. 119. En este sentido igualmente, MONDÉJAR PEÑA, M^a I., "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", *RES*, núm. 128, 2006, pág. 730.

determinadas cantidades, o pólizas individuales de seguro que garanticen la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente cuando todavía el comprador no ha efectuado ninguna entrega”.

Es cierto que son varias las obligaciones a cumplir por el promotor. DIÉGUEZ OLIVA³¹, ya establecía que “La Ley 57/1968 no sólo obliga a prestar las mencionadas garantías, a informar sobre la existencia de las mismas y a la entrega en el momento de la firma del contrato de la documentación que acredite la garantía, bien el aval solidario prestado por la correspondiente entidad bancaria, bien la póliza individual...sino además a la percepción a través de la correspondiente cuenta especial aperturada para tal fin”. Sin embargo, el orden que ha de cumplir el promotor para dar cumplimiento a todo lo exigido legalmente es, como indican algunos autores, bastante rígido e iremos viendo que, en ocasiones, difícil de mantener:

1º.- Obtención de la licencia de edificación

Este documento, también denominado licencia de obras, recobra importancia por cuanto, tras la modificación del 2015, es aquel cuya obtención marcará la obligación del promotor de constituir las garantías con las entidades garantes (bien aseguradoras, bien crediticias).

Todas las Comunidades Autónomas disponen de normativa propia sobre la licencia de obras³². Las CCAA podrán desarrollar los preceptos estatales que tengan el carácter de legislación básica pero siempre que no invadan competencias reservadas al Estado para evitar desigualdades en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos con respecto al resto del Estado (art. 149.1.1º CE). Igualmente, “a través de Ordenanzas fiscales, las Entidades locales pueden regular los tributos que la legislación estatal y autonómica les reconocen como propios (art. 106 LBRL), entre ellos, la tasa por otorgamiento de licencias urbanísticas, pero dado el principio de reserva de ley que rige en materia tributaria (art. 133 CE), los Ayuntamientos no pueden establecer nuevos tributos ni modificar la naturaleza de los ya existentes, por ejemplo, no pueden desnaturalizar una tasa para convertirla en un impuesto”³³.

2º.- Constitución de las garantías

La modificación operada, como indicamos, dice: “Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades

³¹ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...”, op. cit., pág. 2 y 3.

³² En Andalucía, dicha normativa hace referencia a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía.

³³ CARRASCO PERERA, Á., “Licencias y autorizaciones administrativas”, en CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Régimen Jurídico de la Edificación, Pamplona, 2007, pág. 138.

entregadas...”³⁴. Es de elogiar que el legislador se preocupe de indicar el momento concreto en el que el promotor ha de ejecutar las distintas obligaciones legales impuestas por la norma.

Evidentemente, como no puede ser de otra forma y reiteraremos, los únicos documentos de los que, en este momento, se podrá disponer, son las pólizas globales de garantía: bien la póliza de seguro de caución, firmada entre promotor y entidad aseguradora, bien la línea de avales firmada entre promotor y la entidad financiera.

Hasta entonces, las entidades garantes no podrán emitir documentos individuales, las auténticas garantías para los adquirentes, pues aún se desconocerán los datos de los que serán los definitivos compradores, sin embargo, como afirma ESTRUCH ESTRUCH³⁵, “...el único título de garantía de la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores es la póliza individual del seguro de caución o el concreto y específico aval que se refiera de modo individualizado a las cantidades que entregó anticipadamente cada uno de los compradores”.

3º.- Apertura de la cuenta especial

La entidad financiera, donde el promotor decida abrir la cuenta especial para dar cumplimiento a la obligación que le impone el legislador, deberá exigir “...la garantía a que se refiere la condición anterior”, que no es otra que el documento de la póliza global de seguro de caución o la línea de avales.

Es importante, aunque se irá analizando, tener en cuenta:

1.- Que para que la entidad financiera pueda cumplir con su obligación legal, debe contar con la colaboración del promotor, puesto que este, ha de comunicarle a la entidad financiera que se pretende abrir una cuenta especial, puesto que, si el promotor no lo comunica y aprovecha cualquier otra cuenta ya abierta en cualquier entidad financiera, entendemos que la responsabilidad de la entidad financiera no debe existir³⁶.

2.- Que la responsabilidad que se fija, lo es, únicamente, para el supuesto de abrir la cuenta sin exigir garantías, y no por “fiscalizar” el ingreso o disposiciones que de la misma realice el promotor, aunque posteriormente matizaremos el alcance del control que la entidad financiera deberá tener sobre los ingresos y disposiciones de los fondos ingresados en la cuenta especial.

³⁴ Apartado Uno.1. a) de la disposición adicional primera de la LOE.

³⁵ 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, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 23/2009, *Editorial Aranzadi, S.A.*, [BIB\2009\926], pág. 10.

³⁶ Salvo casos que se confirme que la entidad financiera actuó con intención deliberada de incumplir con lo legalmente establecido.

3.- Que no siempre coincide la entidad financiera donde se abre la cuenta, con la entidad financiera con la que contrata el promotor la garantía, ni tampoco con la entidad crediticia que ofrece financiación al promotor para la construcción de las viviendas; lo cual es, en no pocas ocasiones, tenido en cuenta por el promotor para eludir el posible control o exigencias que le imponen, en relación con el cumplimiento de la norma, las entidades financieras.

En este sentido, CHAMORRO POSADA³⁷, considera "...que lo ideal es que coincida en la misma Entidad la condición de depositaria, avalista y prestamista con garantía hipotecaria".

En relación a la apertura de la cuenta especial, se pone de manifiesto por algunos autores que ciertas entidades aseguradoras exigen que su apertura se realice previamente a la contratación de la póliza flotante, afirmando en esta línea CARRASCO PERERA³⁸ que "...en las pólizas aseguradoras y en la misma normativa de desarrollo de la Ley 57/1968 [cfr. Art. 4 f) 1 Orden de 29 de noviembre de 1968] el ingreso en cuenta se concibe como un elemento necesario para que se entienda producido el siniestro cubierto por la garantía...las compañías de seguros no emiten avales sin que se haya abierto la cuenta correspondiente (y, a veces, incluso hasta que se hayan producido ingresos en esta cuenta)".

4º.- Publicidad de la promoción

En toda publicidad o propaganda³⁹ que decida realizar el promotor sobre la construcción de las viviendas, deberá incluir, por imperativo legal, bajo la amenaza de ser sancionado, no solo la entidad garante con la que ha contratado las garantías, sino la entidad financiera donde está abierta la cuenta especial y el número de dicha cuenta.

Tiene por consiguiente, que estar abierta la cuenta especial e indicar su numeración.

En teoría, si aún no se ha publicitado, no deberían existir aún contratos privados de compraventa firmados con los futuros adquirentes; y si para la publicidad se exige la contratación de las garantías globales y la apertura de la cuenta especial, en principio, el mecanismo ideado por el legislador debería funcionar, en tanto en cuanto, el comprador posee suficiente información para poder exigir que los ingresos se domicilien en dicha cuenta y que se le entreguen

³⁷ CHAMORRO POSADA, M., "Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores para cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas", *Otrosí, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, octubre 1995, pág. 51.

³⁸ CARRASCO PERERA, A., "Percepción de cantidades...", op. cit., pág. 535.

³⁹ Interesante la obra de ALGABA ROS, S., "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles", en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, CAÑIZARES LASO, S. (Coord.), Madrid, 2006 y la de BLANDINO GARRIDO M^a A., "El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución derivada de su incumplimiento", *RdP*, núm. 4, 2000.

las garantías individualizadas y, en caso que no se le faciliten, no firmar el contrato de compraventa.

En cualquier caso, esta obligación complementaria será analizada en los capítulos finales.

5º.- Firma de los contratos

En este momento, la Ley exige que se haga entrega a los adquirentes, de los documentos que acrediten "...la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio"⁴⁰.

Aunque volveremos sobre el asunto, el legislador exige que se dé la garantía individualizada por las cantidades "...que han de ser anticipadas...", con lo que, evidentemente, está impidiendo que, tal y como actuaban algunas entidades garantes (tanto financieras como aseguradoras), se procediera a la emisión de cada carta de aval⁴¹, por cada cantidad realmente anticipada y en el momento en que se haya ingresado.

Ello originará que, al poner en circulación todo el riesgo, a través de una carta individualizada por el importe total garantizado, en el momento de la firma del contrato del promotor con el adquirente, la entidad garante, cargará en dicho momento, al promotor, el coste total del riesgo puesto en circulación, en vez de ir haciéndolo según se realicen los ingresos, lo que supone:

- Por un lado, para el promotor, un mayor coste económico a la firma del contrato.
- Por otro, evitar la posibilidad de que existan ingresos sin garantizar porque la entidad garante no emita la carta de aval correspondiente si no se lo comunica el promotor⁴².
- Por último, como bien indica el reciente legislador, que se tenga que fijar como obligación del adquirente, que se "...acredite que fueron aportadas..." dichas cantidades por el asegurado en el momento de ejecutar la garantía; lo que supondrá, como veremos, otra exigencia documental para el comprador, aunque no lo

⁴⁰ Apartado Tres *in fine* de la disposición adicional primera de la LOE e igualmente en la antigua Ley 57, artículo 3 *in fine*.

⁴¹ Garantía individualizada. Aval es un término usado indistintamente por entidades aseguradoras y entidades financieras para referirse a la carta, documento o certificado de garantía individualizada.

⁴² Matizaremos dicha afirmación a lo largo del trabajo pero téngase en cuenta que si la entidad donde se ha contratado la cuenta especial y la garantía coincide, podrá existir, al menos, un control, por parte de dicha entidad, de los ingresos realizados y, en consecuencia, emitir los avales individuales, siempre que estos se realicen efectivamente en la cuenta especial; lo que de ninguna manera se podrá controlar, si ni siquiera las entidades financieras, donde se ha abierto la cuenta especial y donde se han contratado la garantía, son la misma.

establezca como tal el legislador al marcar los requisitos para que prospere la ejecución de aquella frente al garante correspondiente.

6º.- Inicio de las obras y entrega de la vivienda

Los incumplimientos a los que un comprador puede enfrentarse desde que firma el contrato de compraventa son numerosos y como afirma REBOLLEDO VARELA⁴³, “...son muy pocas las ocasiones en que el comprador, a la consumación del contrato mediante la terminación de la construcción y entrega del inmueble adquirido con pago del resto del precio, encuentra plenamente cumplidas y satisfechas las prestaciones asumidas por el promotor-vendedor al perfeccionarse la compraventa”.

Sin embargo, la normativa que nos ocupa, únicamente exige al promotor constituir garantías para la devolución de las cantidades anticipadas respecto de los incumplimientos de no iniciar las obras o no entregar la vivienda en los plazos establecidos en el contrato de compraventa, quedando fuera numerosos incumplimientos que evidentemente pueden ocasionar perjuicios al comprador, tales como entregar la vivienda con cargas o gravámenes, entrega de una vivienda diferente o con menos superficie de la pactada, o con graves defectos de la construcción)⁴⁴.

Evidentemente, podrán firmarse contratos posteriormente a haber iniciado la obra o pasado el plazo para ello, por lo que, las garantías que se emitan no cubrirán dicho incumplimiento (pues o ya se ha cumplido o bien carece de sentido garantizar el posible incumplimiento de una obligación que se sabe ya incumplida) salvo que, en dichos contratos se pacte un inicio de obra posterior a la firma de los mismos.

La entrega de la vivienda requiere de un análisis más pausado que se realizará en capítulos posteriores; es fundamental entender cuándo se considera cumplida esta obligación y cómo la doctrina jurisprudencial sentada al respecto, gira en torno a argumentar que el cumplimiento por parte del promotor de entregar la vivienda, en el plazo pactado, constituye una obligación esencial, de tal forma que un mero retraso abre la vía al comprador para instar la mal

⁴³ REBOLLEDO VARELA, Á. L., “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1988 [RJ\1988\1543]”, *CCJC*, núm. 16, enero-marzo 1988, pág. 154-155. Sobre incumplimientos posibles véase del mismo autor “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado (Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2005, Editorial Aranzadi, S.A., [BIB\2005\1096] y también CABELLO DE COBOS Y MANCHA, L. M^a, “La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles”, 2ª edición, Madrid, 1993, páginas 283 y siguientes.

⁴⁴ Numerosa doctrina se ha manifestado en este sentido y así véase: SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V.M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores”, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, XIII Congreso, Barcelona, 1975, editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, pág. 93; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección de los consumidores en el Derecho español”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. Y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid 1987, pág. 62; MUÑOZ DE DIOS, G. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras...”, *op. cit.*, pág. 1068.

denominada por el legislador, rescisión. Comprador que, pacientemente ha esperado los plazos (fijados solamente por el promotor) y que ha cumplido escrupulosamente con su obligación de pago anticipado de las cantidades exigidas (de nuevo, exclusivamente por el promotor), y que podrá obtener, al menos, la devolución de las cantidades totales que anticipó junto con los intereses remuneratorios pactados, los legales del dinero, desde que dichas cantidades se anticiparon y hasta la fecha en que debió haber sido entregada la vivienda por el promotor⁴⁵; bien del promotor incumplidor de dicha entrega en plazo, bien de la entidad garante, a través de su documento individualizado.

Evidentemente es fundamental, en el marco ideal marcado por el legislador, que deban conocerse por los adquirentes los plazos para poder ejecutar las garantías, que muy acertadamente introduce el legislador en la modificación del 2015; plazos, de caducidad o de prescripción, y en todo caso distintos de la posibilidad de cancelación de las garantías, que ya fijó el legislador de 1968 y que se mantiene en la reciente modificación.

Dichas situaciones se analizarán en capítulos avanzados.

A continuación y puesto que se revelará esencial para conocer el motivo de las medidas ideadas por el legislador, recogemos la normativa que afectó, con mayor o menor intensidad, a la Ley 57/1968.

⁴⁵ Veremos más adelante el “*dies ad quem*” fijado por el legislador del 2015 para el devengo de los intereses.

III. LA NORMATIVA QUE MODIFICA LA LEY 57/1968

Podemos decir que el marco jurídico sobre la percepción de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas y la obligación de garantizar las mismas, lo compone la Ley 57/1968, junto con la normativa que a continuación enumeramos, unida a la regulación del contrato de fianza recogida en el Código Civil (artículos 1822 y siguientes) y a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Sin embargo, cuando entre en vigor, el 1 de enero de 2016, la Ley 20/2015, de 14 de julio⁴⁶, que modifica la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación y deroga expresamente parte de dicha normativa, la regulación de la materia a la que nos referimos, la encontraremos en la mencionada LOE así como en aquella normativa que la reciente Ley ha dejado vigente, por no derogarla expresamente, cuyo contenido no contravenga lo en ella pactado, y que iremos indicando oportunamente.

En forma parecida a lo establecido por el Decreto 9/1963, de 3 de enero⁴⁷, para las viviendas de protección oficial (o de protección estatal, como se denominaba por entonces), la Ley 57/1968, de 27 de julio⁴⁸, vino a regular una serie de medidas protectoras para el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas que no eran promovidas por el Estado.

Este Decreto se revelará clave para algunas de las modificaciones que, a lo largo del trabajo, sugerimos como necesarias en futuras revisiones de la norma y para entender el sistema de garantías que regula la Ley 57/1968.

Posteriormente, en el mes de octubre, se dictaba la Orden de 5 de octubre de 1968 sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial⁴⁹, que sería de total aplicación a dichas promociones y que en su brevísimo articulado, entraba a regular de forma específica los datos de obligatoria inserción en la propaganda y publicidad de la venta de dichas promociones y ello, con el fin de "...evitar posibles intentos de soslayar el cumplimiento de las mismas, al amparo del confucionismo que suele producir el contenido de los textos publicitarios..."⁵⁰.

⁴⁶ BOE 15 julio de 2015, núm. 168, [pág. 58455].

⁴⁷ DECRETO 9/1963, de 3 de enero, por el que se regula el percibo de cantidades a cuenta y la publicidad de venta de vivienda de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva.

⁴⁸ Días previos a su promulgación, el 24 de julio, vio la luz el Decreto 2114/1968, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio, y 3964/ 1964, de 3 de Diciembre, que en su artículo 114.4 b), regulaba el régimen para el percibo de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas de protección oficial y recogía la obligación de establecer las garantías ("aval bancario suficiente o contrato de seguro") que, con bastante similitud, sería trasladado a la construcción de viviendas no acogidas a dicha protección. Derogaba expresamente el Decreto 9/1963.

⁴⁹ Dictada por el Director General del Instituto Nacional de la Vivienda. BOE de 10 de octubre de 1968, número 244, página 14393.

⁵⁰ Exposición de motivos de la Orden.

Dentro de los datos que de forma clara y precisa debían incorporarse, queremos llamar la atención sobre uno en particular:

“c) Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y número de cuenta especial en la que habrán de ingresarse *por el cesionario o adquirente* las mencionadas cantidades”.

Debido a que la obligación de ingresar las cantidades en la cuenta especial se estableció desde un primer momento como una obligación propia del cesionario, era necesario que el mismo conociera la numeración de la cuenta especial donde debería hacer dicho ingreso, por ello esta Orden es fundamental para el correcto funcionamiento del sistema de garantías regulado por la Ley 57/1968. La misma Ley, no fijaba como una obligación del promotor el ingreso de las cantidades en la cuenta especial. En el artículo quinto de la misma, que regulaba la información que debía incorporarse en la publicidad de las viviendas, se fijaba la necesidad de informar:

“...de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial...”

E incluso, en su artículo segundo, al referirse al contenido expreso que ha de figurar en los contratos de cesión de las viviendas, recogía:

“c) Designación de la Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega *por el adquirente* de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado”.

Así en la publicidad, obviamente, debía figurar no solo la entidad bancaria donde se había abierto la cuenta especial, sino también, la propia numeración de dicha cuenta para que el adquirente pudiera ingresar las cantidades anticipadas en la misma. Por ello sostenemos que el legislador pretendía que el comprador conociera la numeración de la cuenta (por estar fijada en la publicidad o en el propio contrato) y procediera aquel, y no el promotor, a ingresar las cantidades anticipadas en ella.

Sin embargo, en numerosas ocasiones, la forma de pago establecida, no se realiza por un medio cuya orden de ingreso dependa del adquirente-comprador (como sí lo sería una transferencia, ingreso en efectivo, etc.) por lo que, inevitablemente, el Tribunal Supremo, como veremos en sucesivos capítulos, ha

ido quitando importancia al efectivo ingreso de dichas cantidades en la cuenta especial hasta eliminar, definitivamente, la responsabilidad del adquirente en dicho sentido, al escapar de su control dicha posibilidad e imponerla, en consecuencia, como una obligación del promotor.

El que las cantidades anticipadas no se ingresen en la cuenta especial, frustra en cierta forma una de las finalidades perseguidas por el legislador establecidas en torno a dicha cuenta especial, cuál era la efectiva aplicación de dichos ingresos, a la construcción de las concretas viviendas para los que se anticiparon.

En capítulos siguientes, analizaremos el alcance y realidad de esta obligación.

Por último, entendemos, que dicha Orden por no haber sido derogada expresamente y no oponerse a lo regulado en la reciente modificación de la disposición adicional primera de la LOE, debe considerarse vigente.

En pocos meses después, se dicta la Orden de 29 de noviembre de 1968⁵¹, sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas. En la misma, se recogía que para que una entidad aseguradora pudiera garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas en construcción, no solo deberían figurar inscritas en el Registro Especial de la Subdirección General de Seguros sino además, estar facultadas por el Ministerio de Hacienda para la práctica del seguro de crédito interior en general y que dispusieran de dos modelos de documentación debidamente autorizadas.

Dichos modelos eran:

- a) Contrato de seguro colectivo entre asegurador y contratante para garantía de los adquirentes de viviendas con pagos anticipados;
- b) Póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado complementaria de la anterior, como título de la garantía a favor de este último.

Ambos modelos debían ser aprobados, exigiendo un contenido mínimo y uniforme para todas las Entidades Aseguradoras.

⁵¹ BOE 5 diciembre 1968, núm. 292, [pág. 17407]. Esta Orden está expresamente derogada por la “Disposición Final Tercera. Modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Cuatro” de la Ley 20/2015, de 14 de Julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades Aseguradoras y Re-aseguradoras, que añade una disposición derogatoria tercera con la siguiente redacción: “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y, en particular, las siguientes:

c) La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas...”

Esta disposición, al no establecer excepción al respecto la Disposición Final Vigésima Primera de la Ley, entrará en vigor el 1 de enero de 2016.

Dicha Orden, en la medida en que no se encontraba derogada y pese a ser la actividad aseguradora objeto de liberalización en años posteriores, siguió marcando el contenido de las pólizas de los seguros de caución mediante los cuales se garantizaba la devolución de las cantidades referidas por la Ley 57, ocasionando, un sin fin de resoluciones judiciales en las que, como veremos en próximos capítulos, expresamente se sentencia que el contenido de la póliza no se puede oponer al adquirente-asegurado por cuanto éste no interviene en la firma de la póliza de seguro firmada entre aseguradora y promotor; y ello, pese a que dicho contenido está reflejado igualmente en el certificado individual, que sí acepta el adquirente.

El contenido al que nos estamos refiriendo y que a continuación exponemos brevemente, es un contenido que, en su mayor parte, vuelve a incluirse en la reciente modificación legal, como contenido necesario de dichos seguros de caución; requisitos que extensamente analizaremos en el capítulo del seguro de caución.

El apartado 4º. f) de esta Orden regula expresamente aquellos requisitos para que se pueda ejecutar la garantía prestada a través de seguro de caución y así dicta:

“En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido entrará en juego la garantía del asegurador, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos:

1. Que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado 2º del artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968.
2. Que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más sus intereses al 6 por 100 anual.

El asegurador, en un plazo de treinta días, contados desde que se le formule la reclamación a la que se acompañe copia del mencionado requerimiento deberá indemnizar al asegurado”.

Fijando como contenido mínimo, además, el siguiente clausulado:

“g) Frente al asegurado tenedor de póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro;

h) En el supuesto de que la garantía se realice, el asegurador podrá reclamar del contratante las cantidades

que aquél hubiese satisfecho a los asegurados, a cuyo efecto dicho contratante cede al asegurador sus derechos sobre los elementos componentes de la construcción de que se trate, sin perjuicio de su responsabilidad patrimonial conforme al art. 1911 del Código Civil;

- i) Los pagos por siniestro podrán realizarse ante Notario público;
- j) La Entidad aseguradora podrá dejar de emitir nuevas pólizas individuales cuando de modo fehaciente se comprobare cualquier incumplimiento de lo dispuesto en la Ley de 27 de julio de 1968 por parte del promotor contratante del seguro”.

Por último, dicha Orden, en el apartado 5º, establecía el contenido de las pólizas individuales de cada adquirente:

“A medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro, las cuales además de reproducir las estipulaciones contenidas en aquél recogerán las siguientes condiciones mínimas:

- a) Las particulares relativas a la personalidad del asegurado o de los beneficiarios distintos de él, si los hubiere;
- b) Las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas, y
- c) la fecha convenida para la iniciación de la construcción y/o para la entrega de la vivienda”.

El Decreto 3114/1968⁵², de 12 de diciembre sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas, daba cumplimiento al mandato que la propia Ley del 68, establecía en su disposición adicional, para someter a las referidas comunidades a las normas de garantía establecidas en la Ley.

Así reproduce el tenor de la Ley con las “naturales variantes”, como bien argumenta en su exposición de motivos el Decreto:

“...relativas a las persona físicas o jurídicas intervinientes y delimitando la obligatoriedad en su observancia y la responsabilidad consiguiente en el gestor o gestores cualquiera que sea la modalidad de gestión.

⁵² BOE 24 diciembre 1968, núm. 308, [pág. 18604].

En cuanto a las Cooperativas se aplican normas análogas a las establecidas en el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, en su artículo 114, para las Cooperativas de «Viviendas de Protección Oficial», responsabilizando a las Juntas Rectoras en cumplimiento de las normas y admitiendo la sustitución de las garantías exigidas en la citada Ley por la certificación de garantía expedida por la Obra Sindical de Cooperación”.

Dicho Decreto también quedará expresamente derogado el 1 de enero de 2016⁵³.

El Decreto 3115/1968, de 12 de diciembre⁵⁴, exceptuaba el régimen de la ley de 27 de julio de 1968, de anticipos para la construcción de viviendas a Organismos oficiales⁵⁵, en cumplimiento de lo ordenado en la Disposición Final Primera de la Ley 57/1968, que establecía:

“Se autoriza al Gobierno para que a propuesta del Ministro de la Vivienda, y mediante Decreto, determine los Organismos de carácter oficial que, por ofrecer suficiente garantías, se exceptúen de la aplicación de las anteriores normas”.

Se mantendrá vigente en tanto en cuanto, no se dé cumplimiento al desarrollo reglamentario ordenado por el apartado ocho de la disposición adicional primera de la LOE, tras la modificación de la Ley 20/2015, y se determinen los “...organismos públicos de promoción de viviendas que se exceptúen de los requisitos establecidos en esta disposición adicional”.

La Ley 26/1984, de 19 de julio⁵⁶, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, establecía en su disposición adicional primera, como cláusulas abusivas, a los efectos previstos en su artículo 10 bis)⁵⁷, que:

⁵³ Por la “Disposición Final Tercera. Modificación de la Ley 38/1.999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Cuatro” de la Ley 20/2015, de 14 de Julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las Entidades Aseguradoras y Re-aseguradoras, que añade una disposición derogatoria tercera con la siguiente redacción: “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y, en particular, las siguientes:

b) El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas”.

⁵⁴ BOE 24 diciembre 1968, núm. 308, [pág. 18605].

⁵⁵ Enumerados en la nota al pie núm. 2 de este capítulo.

⁵⁶ BOE 24 julio 1984, núm. 176, [pág. 21686]. Hubo otra disposición sobre consumidores previa a esta, a saber, el RD 1945/1983, de 22 de junio, BOE de 15 de julio de 1983, núm. 168, (páginas 19830 y ss.), pero entraba a regular exclusivamente las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor en relación a la producción agroalimentaria.

⁵⁷ Siendo el efecto más significativo, a nuestro juicio, el de la nulidad previsto en el artículo 10.bis.2:

“...tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

...

5ª) La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional”.

Nos parece importante recoger en este momento, lo dictado por una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 al respecto:

“La fijación de la fecha de finalización de las obras y entrega de la vivienda no puede estimarse como una mera aproximación o previsión, ni puede dejarse al arbitrio de la parte vendedora, si no que constituye uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa cuyo incumplimiento es motivo suficiente para la resolución del contrato”⁵⁸.

Podría caber duda sobre la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio, por lo que dos leyes vendrían a declararla vigente:

1º.- La Ley 33/1984⁵⁹, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, a través de su disposición derogatoria, 2:

“Se declaran vigentes:

... h) Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”

2º.- Y el Real Decreto 1348/1985⁶⁰, de 1 de agosto. Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, a través de su disposición derogatoria B):

“Se declaran vigentes las siguientes disposiciones:

“Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1 CC. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

⁵⁸ STS número 218/2015, [RJ\2015\1357].

⁵⁹ BOE 4 agosto 1984, núm. 186, [pág. 22736]. Derogada esta Ley por Disposición Derogatoria - Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Seguros Privados.

⁶⁰ BOE 3 agosto 1985, núm. 185, [pág. 24662]. Derogado este Real Decreto por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

1. A tenor de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del Seguro Privado...La Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y ventas de viviendas”

El Real Decreto 515/1989⁶¹, de 21 de abril, protege a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda, indicando en su artículo 5.1.5, sobre información adicional en las promociones de venta de viviendas a disposición del público o autoridades que:

“1. Cuando se promocionen viviendas para su venta se tendrá a disposición del público o de las autoridades competentes, además:...

5. En el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación”.

Y en su artículo 7, una concreta remisión a la Ley objeto de estudio:

“Garantías entregadas a cuenta de la vivienda no terminada.
Justificación.

En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57/1968, de 27 de julio”.

Dicho Real Decreto, se mantiene vigente y en cualquier caso, desarrollado por la normativa autonómica⁶² correspondiente pero ha de tenerse muy presente puesto que será de aplicación directa en aquellas Comunidades que no hayan regulado esta materia.

⁶¹ BOE 17 mayo 1989, núm. 117, [pág. 14506].

⁶² En cuanto a la numerosísima legislación en materia de vivienda dictada por las Comunidades Autónomas, véase el interesante trabajo de CORDERO LOBATO, E., “La legislación civil autonómica relativa a la construcción y a la vivienda”, *InDret*, núm. 339, abril 2006, y en especial las páginas 14 a 19 relacionadas con la obligación de información en la venta de viviendas a consumidores con el fin de “que los consumidores tengan una completa información que les permita adoptar sus decisiones con un mejor conocimiento y, por tanto, proteger sus intereses económicos”.

PARRA TORRES⁶³, elogiaba este Decreto pues afirmaba que el mismo "...tuvo la virtud de regular con carácter de especialidad cierto aspecto (más de carácter precontractual y de redacción del contrato) de este tipo de contratos, incidiendo principalmente en el derecho a la información, que tiende a la libre formación del consentimiento, otorgando así seguridad jurídica a los consumidores y usuarios".

Por último, y antes de la modificación propiamente operada en la Ley 57/1968, por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, en la que nos detendremos en el capítulo siguiente, la Ley Orgánica 10/1995⁶⁴ del Código Penal, de 23 de noviembre, en su disposición derogatoria única establecía la expresa derogación el artículo 6 de la ley objeto de estudio y así:

“Disposición Derogatoria. Única.

1. Quedan derogados:

...f) Los siguientes preceptos:

...El artículo 6 de la Ley 57 /1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas”.

1. LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Una de las modificaciones que sufre la mentada Ley 57/1968, se produce a través de la disposición adicional primera de la Ley 38/1999⁶⁵, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, titulada “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”.

Dicho Título nos alumbrará sobre las auténticas modificaciones que, efectivamente, introduce; asunto largamente discutido por la doctrina. En el mismo, no se habla de la construcción “de viviendas” sino que única y de forma genérica, utiliza el término “construcción”.

Numerosas críticas ha recibido esta modificación en varios aspectos que intentaremos ir desglosando y analizando⁶⁶.

⁶³ PARRA TORRES, V., “La posición del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 20/2009 2, Editorial Aranzadi, S.A., 2009.

⁶⁴ BOE 24 noviembre 1995, núm. 281, [pág. 33987]

⁶⁵ BOE 6 noviembre 1999, núm. 266, [pág. 38925].

⁶⁶ Sobre la disposición adicional primera, véase la obra de DE ASÍS ROIG, A., “Comentario a la disposición adicional primera de la LOE”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, PAREJO ALFONSO, L. (Dir.), Madrid, 2001.

Como bien afirma CARRASCO PERERA⁶⁷, “...La DA 1ª LOE ha introducido algunas modificaciones en el régimen de la Ley 57/1968. No todas ellas son novedades de regulación, y allí donde realmente era necesaria una reforma, ésta no se ha producido”.

En realidad esta modificación no solventaba las auténticas carencias de la Ley de 1968.

La principal carencia de la Ley 57/1968, estriba, en que si bien el obligado principal es el propio promotor de dichas viviendas, sin embargo, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, la Ley “...ha preferido buscar la garantía en la interposición de un tercero...”, bien sean las Entidades Financieras o Aseguradoras como aquellas que deberán prestar aval solidario o seguro de caución, respectivamente, para garantizar la devolución de las cantidades entregadas; bien sean, nuevamente, las Entidades Financieras, con respecto a la obligación de exigir la previa constitución de las garantías mencionadas, antes de la apertura de la cuenta especial donde se depositarán dichas cantidades entregadas anticipadamente; asumiendo la responsabilidad en caso de que fuera necesaria su devolución; todo ello, en vez de reforzar “...la exigencia de condiciones financieras consistentes a quienes se dedican a la promoción inmobiliaria, con lo que no se disminuye en modo alguno el riesgo de insolvencias”.

También comentan dichos autores⁶⁸ que “...el tipo e interés punitivo del 6% era (antes de la reforma operada por la LOE) un interés más bajo que el legal del dinero, lo que beneficiaba al infractor”. Y curiosamente, cuando el legislador introduce en el año 1999 el cambio, el interés legal del dinero se sitúa por debajo del 6% hasta entonces vigente (dicho cambio se opera en el año 1998), como puede apreciarse en la tabla adjunta (solo mantenemos los años significativos)⁶⁹, lo que volvió a beneficiar al infractor.

Tabla_ Evolución del Interés Legal

AÑO	INTERÉS LEGAL DEL DINERO	TEXTO LEGAL
2015	3,50%	Ley 36/2014, de 26/12/2014
2000	4,25%	Ley 54/1999, de 29/12/1999
1999	4,25%	Ley 49/1998, de 30/12/1998
1998	5,50%	Ley 65/1997, de 30/12/1997
1997	7,50%	Ley 12/1996, de 30/12/1996
1990	10,00%	Ley 4/1990, de 29/06/1990

⁶⁷ Esta y las siguientes citas del apartado extraídas de CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASO, C., en “Derecho de la Construcción y Vivienda”, Capítulo XIX “Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas”, *Editorial Diles, S.L., 5ª Edición.*, pág. 523.

⁶⁸ Véase nota 61.

⁶⁹ Tabla anexada parcialmente de la página del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza: <http://www.reicaz.org/normaspr/tablasdi/tbldiner.htm>

Sin embargo, estamos convencidos de que dicho resultado, no era el buscado por el legislador.

En el momento de la promulgación de la Ley 57/1968, el interés que se estableció del 6%, revelaba que la intención del legislador era sancionar al promotor-vendedor incumplidor de sus obligaciones frente a un comprador que había cumplido escrupulosamente con las suyas, puesto que, el interés legal del dinero era entonces del 4% (fijado por la Ley de 7 de octubre de 1939).

Es la Ley de 29 de junio de 1984, que derogó la anteriormente citada, la que estableció, en palabras de CABANILLAS SÁNCHEZ⁷⁰, "...que el interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquél salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente (artículo 1)...".

Para cuando el legislador promulga la LOE, en el año 1999, tras haber observado el despropósito originado al respecto por el cambio en la forma de determinarse el interés legal del dinero y viendo que éste era infinitamente más favorable para el comprador cumplidor, que el fijado del 6%, procede a la modificación del mismo. Sin embargo, en dicho momento, cambia la evolución del interés legal del dinero a la baja, dejando nuevamente, en situación más desfavorecida al comprador cumplidor, frente al promotor incumplidor⁷¹; frustrando, a nuestro juicio, la intención del legislador⁷².

El análisis, por nuestra parte, de dicha disposición, hoy ampliamente modificada por la ya mencionada Ley 20/2015, se justifica en tanto en cuanto, arrojará luz sobre la interpretación de distintos aspectos de la normativa objeto de estudio, aquella que ha regulado y regula aún, la percepción de cantidades anticipadas por los adquirentes de viviendas antes y durante la construcción de las mismas.

En su primera frase, establece dicha disposición:

“La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a los dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”.

Para analizar el alcance de lo establecido por el legislador, consideramos fundamental no solo fijarnos en el Título de la disposición a lo que

⁷⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, *Derecho Privado y Constitución* n° 6, mayo-agosto 1995, pág. 29.

⁷¹ Algunas legislaciones autonómicas sobre la vivienda intentan corregir dicha situación estableciendo en ocasiones fórmulas tales como exigir que el promotor deba garantizar la devolución de las cantidades entregadas, junto con los intereses legales del dinero *incrementado en dos puntos*; como por ejemplo la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de la vivienda de Galicia, artículo 95.1. No así, la normativa andaluza.

⁷² Aunque es posible que su interés fuera solamente, trasladar lo establecido para la promoción de viviendas de protección oficial.

ya hemos hecho mención, sino también al encuadre de dicha disposición, esto es, la misma, es una disposición adicional de la Ley de Ordenación de la Edificación.

Dicha Ley se preocupa en regular el sector de la edificación como uno de los principales sectores económicos que, aun teniendo evidentes repercusiones no solo en el conjunto de la sociedad sino en los valores culturales del patrimonio arquitectónico, carecía de una regulación acorde a su importancia.

El objeto de la Ley es todo el proceso de la edificación, entendiendo por tal y por lo tanto definiendo su ámbito de aplicación, según su propio artículo 2, "...el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado..." en un sentido amplio pues, en el apartado c) de dicho artículo recoge un *cajón de sastre* en el que incluye "Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores".

Ello, unido al enunciado de la disposición, significa, a nuestro juicio, que está introduciendo la obligación de que en la construcción de cualquier edificación (no expresamente de viviendas, pues pueden ser edificios sanitarios, administrativos o con cualquier destino, como ya hemos aclarado) en la que los promotores o gestores pretendan "percibir cantidades anticipadas del precio durante la construcción" de las mismas, deberán cubrirse mediante un seguro, en forma análoga en que la Ley 57/1968 lo exige para la construcción de viviendas.

Ni mucho menos, en nuestra opinión, caben dudas sobre qué era lo que pretendía el legislador con dicho primer párrafo:

- Ni era su intención, como ya alguna parte de la doctrina ha negado, extender el ámbito de los incumplimientos del promotor en la construcción de las viviendas, cubiertos por las garantías, ampliándolos a incumplimientos tales como la entrega de una vivienda diferente de la pactada, con vicios en la construcción o entregada con hipotecas u otras cargas, etc.

Así se manifestaba entre otros, CARRASCO PERERA⁷³, que aseveraba que "...con toda seguridad el legislador de la LOE no ha querido modificar la estructura de esta garantía. Pero la expresión utilizada por la disposición adicional 1ª invita a la duda" y completaba "...la única interpretación que tiene sentido es la que contempla la expresión <<incumplimiento del contrato>> como una mención genérica con la única pretensión de calificar el supuesto de hecho de la garantía...".

- Ni tampoco buscaba modificar la forma de garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el adquirente al promotor de viviendas, permitiendo únicamente que la

⁷³ CARRASCO PERERA, R., "Percepción de cantidades...", op. cit., pág. 532; igualmente, CHAMORRO POSADA, M., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción", *RDU*, núm. 182, 2000, pág. 155; MARÍN LÓPEZ, J. J., "Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998", *CCJC*, núm. 50, 1368, pág. 764 y 765 y ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit. pág. 244, afirma con rotundidad "Más bien, nos encontramos ante otra muestra del poco rigor técnico que tiene la LOE".

garantía se prestara mediante seguro de caución⁷⁴ y eliminando la opción de recurrir al aval solidario.

Autores como DOMÍNGUEZ ROMERO⁷⁵, afirman que “La LOE no ha derogado la opción de acudir al aval como mecanismo de garantía previsto en la Ley 57/1968, de modo que ambas modalidades (aval y seguro) siguen vigentes, como igualmente siguen vigentes las previsiones legales específicas para ambos métodos de garantías”.

En palabras de ESTRUCH ESTRUCH⁷⁶ “...de la mera omisión de una referencia al aval como forma de garantía en la Ley de Ordenación de la Edificación no cabe entender derogada la norma que de modo expreso se refiere al aval como forma válida de garantizar las cantidades anticipadas, pues ambas normas no son incompatibles y es perfectamente posible una interpretación de ambas sin que se produzca contradicción. Debe tenerse presente que las derogaciones tácitas sólo deben aceptarse con mucha cautela”.

A nuestro juicio, como hemos analizado, dicho primer párrafo no hacía referencia al promotor de viviendas que recibe cantidades anticipadamente, sino al promotor de cualquier edificación que reciba cantidades anticipadas.

En conclusión, parece que lo que pretendía el legislador era hacer extensiva, a la construcción de cualquier edificio en que los promotores o gestores, pretendieran recibir cantidades anticipadamente a su construcción o durante la misma, la obligación de garantizar la devolución de dichas cantidades mediante seguro⁷⁷, al igual que la Ley de 1968 lo hacía con respecto de las viviendas. Pero de una forma tan difusa y sutil, ya que habla de “incumplimiento” sin especificar más (aunque pueda entenderse por la expresión “de forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968”, que se refiere también los incumplimientos del promotor con los plazos de inicio de obra y de entrega de edificación pactados) y

⁷⁴ Pese a ello, es cierto la confusión generada pues con la reciente modificación operada en julio de 2015, algunas Asociaciones de Empresarios de Construcción, informan a sus asociados con el siguiente tenor: “...entre otras cuestiones, se introducen en la Ley de Ordenación de la Edificación, como alternativa a la suscripción obligatoria de un seguro, la obtención de una garantía financiera que permita cubrir el mismo riesgo...”, lo que justificaría el auge de los seguros de caución, pese a su mayor coste en comparación con los avales bancarios solidarios. Extractado de la página de la Confederación Nacional de la Construcción. Pág. web: <http://www.portal-cnc.com>. Véase también, FERNÁNDEZ ALÉN, P. C., “La nueva Ley de Ordenación de la Edificación. Opinión desde la patronal de la construcción”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 1, abril 2000.

⁷⁵ DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 27, 2011, páginas 155-176.

⁷⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., 2009, pág. 156 y en el mismo sentido el profesor DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho Civil de España”, tomo I, reimpresión, Madrid, 1984, páginas 629 y 630. Igualmente, la doctrina ha entendido de forma mayoritaria que esto no se pretendió le eliminación de prestar garantía mediante aval solidario.

⁷⁷ Sin que en estos supuestos, dé opción a que se pueda garantizar la devolución de las cantidades anticipadas, mediante aval solidario, como sí lo permite en el supuesto de construcción de viviendas la Ley 57/1968.

poco concreta, que produce una confusión absoluta sobre los motivos reales del legislador.

Tan sutil era que el propio legislador del 2015 la obvia, y aunque deja el Título genérico de la disposición, introducida en el año 1999, a saber, “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, sin incluir “de viviendas”, realmente, lo único que regula en su contenido dicha disposición, es lo relativo a construcción de viviendas, sin extender dicha protección a todo tipo de edificación, que, reiteramos, era lo que a nuestro parecer pretendió, el legislador de 1999.

1. LA EXPRESIÓN “TODA CLASE DE VIVIENDAS”

A continuación, el primer párrafo de dicha disposición, tras indicar que para la construcción de viviendas sí que seguirá siendo de aplicación la Ley 57/1968 y aquella normativa que la complementa, introduce unas mínimas modificaciones pero de gran trascendencia como veremos.

El párrafo continúa estableciendo que:

“Dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas con las siguientes modificaciones:

- a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de *toda clase de viviendas...*”

La expresión, introducida por el legislador del año 1999, venía a sustituir, a nuestro juicio, la interpretación que el legislador de 1968 hacía del término “vivienda”, relacionándolo con el destino de la misma, bien fuera “...domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial...”, o por mejor decir, venía a aclarar que era indiferente el fin o uso que el destinatario de la vivienda que pretendía adquirirla diera a la misma, siempre que dicho adquirente fuera un consumidor.

La doctrina comparte esta visión, con afirmaciones tales como:

ESTRUCH ESTRUCH⁷⁸, “...debe tenerse presente que la Ley no exige que el adquirente fije su domicilio legal (personal o familiar) en la vivienda que adquiriera, sino que, únicamente exige que el adquirente sea un consumidor, esto es, que sea el destinatario final de la misma...”.

⁷⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 65.

“⁷⁹...es evidente que la idea que está latente en la Ley (y que motivó su publicación en los años 60) es que la protección que establece debe atribuirse no a cualquier comprador, sino únicamente a quien vaya a adquirir la vivienda como destinatario final de la misma y no para introducirla en el mercado inmobiliario u obtener rendimientos económicos de ella...”.

“...que el espíritu de la norma es proteger únicamente a los adquirentes que compren la vivienda como destinatarios finales de la misma y no a aquellos otros compradores que la compren con ánimo especulativo...”.

VERDERA SERVER⁸⁰, “...la ley 57/1968, se aplica exclusivamente a los consumidores de viviendas (art. 3 TRLGDCU), es decir, a quienes adquieren para su uso personal o familiar”.

De igual forma, la jurisprudencia, también se pronuncia en este sentido y así:

- En Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de marzo de 2008⁸¹, la primera de ellas y de 9 de abril del mismo año⁸², la segunda:

“...el aseguramiento previsto en la Ley sólo tiene por ámbito las viviendas que hayan sido compradas con el fin de destinarse a residencia propia, no amparando aquellas situaciones en que la adquisición se ampara en la inversión, como es el caso”.

“...por cuanto la vivienda descrita...no ha sido adquirida por el asegurado para destinarla a domicilio o residencia familiar con carácter permanente o de temporada, accidental o circunstancial...”.

De hecho, lo que justificó la promulgación de la Ley fue la situación concreta de aquellos usuarios que habían destinado, con gran esfuerzo, la mayoría de sus ahorros, al anticipo de la compra de una vivienda para su propio uso y que con posterioridad, por la comisión de abusos de los promotores de las mismas, se encontraban sin la vivienda y sin sus ahorros.

⁷⁹ Esta afirmación y la siguiente de ESTRUCH ESTRUCH, J., en la obra “Las Garantías...”, op. cit., pág. 30.

⁸⁰ VERDERA SERVER, R, “Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1.968”, pág. 976, en la obra “*Tratado de la Compraventa*” dirigido por Carrasco Perera, A., núm. 86, 2002.

⁸¹ STS núm. 121/2008, [RJ\2008\191156].

⁸² STS núm. 245/2008, [RJ\2008\189038].

Sin embargo, aunque compartimos dicha visión, creemos que el legislador intentó dar un paso más y que su intención no era que la Ley obligara al promotor de viviendas cuyo destinatario final fuese un consumidor, sino que pretendía que las obligaciones establecidas alcanzara al promotor de cualquier vivienda, puesto que, si como hemos comentado y defendido al principio de este capítulo, la intención del legislador, era aplicar la norma al promotor de cualquier edificación mediante la contratación de un seguro que garantizara la devolución de las cantidades anticipadas para la construcción de la misma, también debía alcanzar a aquel promotor de viviendas aunque el destinatario no fuese consumidor.

Y así lo entendió la Audiencia Provincial de Madrid, en una sentencia dictada el 10 de octubre de 2007⁸³, que afirmaba, pese a la reiterada jurisprudencia en contrario, lo siguiente:

“...La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la edificación establece la aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, a la promoción de toda clase de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. Esta norma ha supuesto una modificación de la Ley 57/1968, dado que para su aplicación no se exige que se destine a residencia permanente o accidental, norma que debe entenderse con carácter imperativo, y por lo tanto ni la promotora puede exonerarse de la obligación de contratar estas garantías, cualesquiera que sean las cláusulas pactadas en el contrato de compraventa, ni la entidad aseguradora de la obligación de devolver dichas cantidades, sin que puedan excluir en virtud de cláusulas generales la aplicación de dicha ley, tanto con relación a la obligación de la promotora, como a las obligaciones de la entidad aseguradora de proceder a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta una vez suscrita la póliza, no pudiendo imponer al asegurado un régimen aplicable distinto al establecido en la citada Ley”.

Y es que esta sentencia, a nuestro juicio, capta perfectamente, qué alcance debió tener dicha modificación operada por el legislador de 1999 que pretendió ampliar el concepto de “viviendas”, eliminando las limitaciones que tenía la norma en su origen. En mayor grado, cuanto hemos defendido que pretendía incluso, extenderlo a otro tipo de edificaciones.

Este sentido amplio de entender el concepto de vivienda (al margen de un uso temporal, accidental, permanente u ocasional de la vivienda) supondría que la Ley alcanza a cualquier promotor de vivienda al margen del destinatario final de la misma sin que por ello, la protección que dicho cuerpo legal ofrece al destinatario que fuese consumidor se viera mermada, toda vez que como consumidor no solo se encontraba protegido por el carácter irrenunciable que de los derechos de los mismos defendía el artículo 7 de la Ley, sino porque dichos

⁸³ STS núm. 444/2007, [RJ\2008\1373].

derechos se encontraban ya protegidos en dichas fechas, por haber visto la luz la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en cuyo artículo 2.3 establecía, con carácter general, que: “La renuncia previa de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicio es nula”.

Por último, nos parece interesante el comentario de una sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2004, en el que la adquisición se realizó por una sociedad anónima y se adquirirían dos viviendas.

El Tribunal Supremo, pese a que reiteradamente ha insistido en la necesidad de que el adquirente de las viviendas ha de ser un consumidor, como destinatario final de las viviendas y en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional y sin ánimo especulativo, sentenció en este supuesto, a favor de la sociedad adquirente porque, como justifica REGLERO CAMPOS⁸⁴, aunque en puridad no debía aplicársele la Ley 57/1968, “...la peculiaridad del caso es que sin ser directamente aplicables las normas citadas fueron las propias partes las que pactaron que la obligación de garantía de la vendedora de las cantidades recibidas...se regulaba según lo establecido en la Ley de 27 de julio de 1968, de modo que el contenido de esta Ley fue convencionalmente incorporado a ambos contratos”.

DIÉGUEZ OLIVA⁸⁵ afirma que en estos casos “...la aplicación a tales supuestos no es como consecuencia del carácter imperativo del régimen legal de las mismas contenido en la Ley 57/1968 y disposición adicional primera de la LOE, sino en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes”, o en el mismo sentido, sobre la posibilidad de contratar seguro de caución como garantía para la devolución de las cantidades anticipadas, BARRÉS BENLLOCH⁸⁶, argumentaba que “...mientras que en los supuestos incluidos en el apartado 1 de la Ley 57/1968 responderían al seguro de caución de origen legal, en los demás supuestos planteados respondería a un seguro de caución de origen contractual”.

Sin embargo y pese a que en el supuesto concreto era evidente la aplicación de la Ley 57/1968 por la incorporación por las partes como contenido obligacional de los contratos de compraventa, entendemos que finalmente, la aplicación de dicha Ley, debería acabar extendiéndose⁸⁷ a todo tipo de adquirente sin excluir de su aplicación aquellos supuestos en que el destinatario final no fuera consumidor: en primer lugar, puesto que no se hace una criba en este sentido por el promotor con carácter previo, para conocer el destino que los adquirentes darán a la vivienda adquirida (piénsese que un particular, puede también adquirir la vivienda como una inversión sin que, a priori, se conozca su

⁸⁴ REGLERO CAMPOS, F., “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004”, *CCJC*, núm. 67, enero-abril 2005, pág. 332.

⁸⁵ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen...”, op. cit., pág. 5.

⁸⁶ BARRÉS BENLLOCH, M^a P., “Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?”, Madrid, 1993, páginas 12-13.

⁸⁷ A nuestro juicio, esta debería ser la interpretación lógica de la norma.

intención) y es posible, como en este sentido afirma DIÉGUEZ OLIVA⁸⁸, que el adquirente “...reúna los rasgos propios –de consumidor- pero nos encontremos con la figura del denominado consumidor-inversor, esto es, aquel que no persigue como destino del inmueble adquirir el uso de vivienda...sino la reventa de la misma o su explotación mediante el arrendamiento”; y, en segundo lugar, si se incorporan en todos los contratos de una misma promoción idénticas cláusulas de sujeción a la Ley, puesto que el promotor no diferencia según el destino que le dará el adquirente, no debería posteriormente, sentenciarse en sentido negativo a la aplicación de la Ley, únicamente por ser un empresario el adquirente (piénsese en el caso de que dicha sociedad, destinara la vivienda como alojamiento de sus propios empleados).

Será interesante analizar, como haremos en capítulos posteriores, la modificación legal operada por el legislador del 2015 y en qué forma puede afectar en este aspecto.

Continuaba dicha disposición adicional primera, en la redacción dada por el legislador de 1999:

“...incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”.

La mayoría de la doctrina establece que cuando dicho apartado a) hacía referencia a que será de aplicación a “toda clase de viviendas”, la intención buscada por el legislador era introducir la extensión de la protección de la Ley a aquellas viviendas que se realizaban en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, argumentando que dicha modificación era del todo absurda por cuanto precisamente, dicha extensión de la Ley a los promotores de viviendas en régimen de comunidad de propietarios y sociedades cooperativas ya se había realizado años atrás; concretamente en el mismo año de la publicación de la Ley 57/68, a través del Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, de aplicación a la Ley de 27 de julio de 1968⁸⁹, de anticipos para su construcción, a Comunidades y Cooperativas.

Precisamente, dicha extensión estaba ya introducida y no era necesaria la modificación en el sentido de dirigir la Ley a “toda clase de viviendas”, salvo que fuera, como decimos, por un claro interés de que se aplicara a cualquier vivienda y no solo aquellas en las que el adquirente es destinatario final de las mismas. Ello no elimina, como luego veremos y así lo ha dejado claro el legislador del 2015, que el incumplimiento de las obligaciones de la normativa, suponga una infracción en materia de consumo, sancionable, si en la compraventa

⁸⁸ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen...”, op. cit., pág. 5.

⁸⁹ Y posteriormente, fue reforzada en el ámbito específico de las cooperativas de VPO por el artículo 1 d) del Real Decreto 2028/1995. También algunas legislaciones autonómicas han regulado normativa específica y así interesa resaltar la Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha que obliga a la propia cooperativa como persona jurídica a garantizar las cantidades anticipadas (artículo 117.3) o la Ley 8/2003, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana que establece una nueva modalidad de garantía para dichas cantidades anticipadas, cual es, exigir la constitución de una hipoteca de máximos (a cargo del adquirente-socio de la cooperativa) desde el momento de inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal.

de la vivienda, interviene un adquirente de la misma con la consideración de consumidor.

La intención buscada por el legislador de 1999, con la inclusión de la referencia a que la Ley se aplicaría también a las Comunidades y Cooperativas, era, muy probablemente, dejar simplemente constancia de ello.

En cualquier caso, el legislador del 2015, añade una disposición derogatoria tercera, en la disposición final tercera de la Ley 20/2015, por la que expresamente deroga, en su punto b):

“El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a Comunidades y Cooperativas de Viviendas”.

2. EL ANTICIPO DE CANTIDADES MEDIANTE LA ACEPTACIÓN DE EFECTOS CAMBIARIOS

Continuaba la disposición adicional primera de la LOE, modificando:

- b)** “La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en el referida Ley”.

Simplemente se dejaba constancia de una realidad; la posibilidad de firmar efectos cambiarios, con los diferentes vencimientos en que se había pactado la entrega de cantidades en el contrato entre promotor y adquirente. Al igual que la nueva modificación de la disposición adicional primera⁹⁰, realizada en el 2015, incluye el concepto más amplio de “cantidades o efectos comerciales”⁹¹, dando cabida al numeroso elenco de instrumentos de pago con que, actualmente, cuenta el mercado económico⁹².

La problemática surgida con los efectos cambiarios gira en torno a una práctica habitual de los promotores, cual es, el descuento comercial de dichos efectos.

⁹⁰ Recogida únicamente cuando se refiere a los requisitos del seguro de caución para que pueda servir como garantía a los efectos de la Ley, en el apartado Dos.1.a) de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre.

⁹¹ Son efectos comerciales y circulan en el ámbito bancario como tales: Las letras de cambio, los recibos, los pagarés cambiarios y los pagarés de cuenta corriente.

⁹² Sobre contratos bancarios puede verse la obra de FERRANDO VILLALBA, M^a L., “Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción. Especial referencia a la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios”, en Contratación y Servicio Financiero, ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), Valencia, 2001.

2.1 El Descuento Bancario

El descuento comercial es definido por la jurisprudencia como un contrato de naturaleza mercantil, consensual, bilateral y onerosa, que entraña la cesión “*pro solvendo*” del crédito descontado. Un contrato eminentemente bancario, “*sui generis*”, complejo y atípico –aunque aludido en el Código de Comercio-⁹³.

Se trata de un contrato de carácter mixto, con una finalidad crediticia, por un lado, y, por otro, consistente en la cesión a la entidad financiera, de un crédito que el cliente ostenta frente a un tercero.

En virtud de dicho contrato, el promotor de viviendas:

1º.- Anticipará aún más la recepción de las cantidades anticipadas por los adquirentes, puesto que dispondrá de dichos créditos, antes del vencimiento indicado en el propio documento cambiario. Esto es, el promotor conseguirá la transformación del crédito descontado (activo financiero no líquido), en dinero en efectivo (activo monetario), mediante la cesión del citado crédito (efecto cambiario aceptado por el adquirente de la vivienda en construcción) a la entidad financiera.

2º.- Además, el alcance de la consideración de contrato oneroso, implica que el descontatario obtiene una liquidez inmediata pero no de la totalidad del importe⁹⁴ del crédito que ostentaba, pues la contraprestación de éste supone la detracción de los intereses y comisiones correspondientes por parte de la entidad descontante. Importe total, que se verá más reducido cuanto mayor sea el plazo entre el descuento y el vencimiento del efecto descontado.

3º.- Por último, los promotores, cuentan habitualmente con una línea de descuento global indefinida para todas sus operaciones. Contrato de descuento, en el que se habrá establecido una cuenta concreta para el ingreso de todos los efectos que sean descontados a través de aquella (que no será la

⁹³ La Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, incluye la regulación del contrato de descuento en sus artículos 577 y siguientes:

Artículo 577-4. *Noción*

Por el contrato de descuento el empresario descontante abona el importe de un crédito dinerario no vencido a su titular, el descontatario, a cambio de los intereses y comisiones pactados y de la cesión salvo buen fin del crédito descontado.

Artículo 577-5. *Objeto*

Podrán descontarse todo tipo de efectos de comercio y demás títulos valores, salvo el cheque, así como los derechos de crédito, incluso los futuros, cualquiera que sea la forma de representación, se hallen o no incorporados a un documento.

⁹⁴ “En el descuento comercial de efectos, es frecuente que se contrate una póliza de descuento de efectos, en cuyo condicionado deberán reflejarse las comisiones y gastos aplicables, tipos de cambio, tipos de interés nominales y de demora, TAE, etc. Adicionalmente, dicha información suele reflejarse en la factura de presentación de los efectos”.
Extraído de la Memoria del Banco de España del año 2009.

cuenta especial abierta concretamente para dicha promoción). El cambio de dicha cuenta de ingreso, por la cuenta especial, aparte de absurdo puesto que el promotor no solo descontará los efectos anticipados de una concreta promoción, sino otros efectos que posea, implicaría además tener que realizar dicha modificación ante fedatario público (lo que conllevaría gastos adicionales para el promotor).

En conclusión, entendemos que se debería haber prohibido expresamente el descuento de aquellos efectos comerciales aceptados por los adquirentes para el pago de las cantidades anticipadas. No solo por el hecho de que no es posible la domiciliación en la cuenta especial como exigía el legislador de 1999, sino que incluso, no se ingresará el importe total sino reducido y, en ocasiones, significativamente reducido⁹⁵.

Las entidades financieras, en la medida en que habitualmente incluyen cláusulas en las pólizas de descuento por las que “se suelen reservar el derecho de aceptar o rechazar, total o parcialmente, los créditos que el cliente le presente para su descuento”⁹⁶, podrían rechazar el descuento de aquellos efectos que les conste como aceptados por adquirentes para el pago anticipado de la compra de viviendas en construcción, estribando el problema en la real identificación, como tales, de los mismos.

Sobre todo, en los supuestos en los que el promotor no ha comunicado la apertura de una cuenta especial a la entidad financiera o identificado al aceptante del efecto cambiario o bien, esté financiando la promoción con otra entidad financiera distinta de la entidad con la que procede al descuento, con lo que esta última, en principio, no pondrá objeciones para su descuento.

[2.2 El pago mediante efectos cambiarios en la actual disposición adicional primera de la LOE](#)

La actual redacción de la disposición adicional primera dada por la reciente modificación producida en julio de 2015, no incluye la obligación de domiciliar dichos efectos en ningún apartado. Ni siquiera recoge la posibilidad de utilizar este medio de pago para anticipar las cantidades al establecer la obligación de percibir dichas cantidades en la cuenta especial, sino que únicamente menciona la posibilidad de realizar el pago mediante “efectos comerciales” al referirse a la garantía individualizada prestada mediante seguro de caución. Sin lugar a dudas,

⁹⁵ Si se procede al descuento de un efecto cuyo vencimiento está fijado para más de un año desde la fecha en que efectivamente se descuenta, el descuento será considerable.

⁹⁶ “Las entidades suelen justificar su proceder para desestimar el abono de los pagarés en el contenido de las pólizas formalizadas, en las que se suele reservar el derecho de aceptar o rechazar, total o parcialmente, los créditos que el cliente le presente para su descuento o anticipo. A estos efectos, el banco deberá analizar los créditos presentados por el cliente, pudiendo denegar, entre otros supuestos, la admisión de aquellos que no estén domiciliados en entidad bancaria, que no estén librados por el cliente del descuento o anticipo, que no estén aceptados, o que se trate de documentos a cargo de obligados al pago de dudosa solvencia o con respecto a los cuales consten con anterioridad devoluciones de documentos a su cargo en porcentajes significativos a juicio de la entidad”.

Extraído de la Memoria del Banco de España del año 2009.

todo ello demanda una modificación necesaria al respecto y que a continuación recogemos:

△ Sugerencia.

Percibir las cantidades anticipadas *o los efectos comerciales aceptados* por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse *o domiciliarse* 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 viviendas. *Se prohíbe expresamente el descuento comercial de los efectos cambiarios aceptados por los adquirentes de las viviendas.*

3. NATURALEZA REMUNERATORIA DE LOS INTERESES DEVENGADOS

Prosigue la modificación operada en el año 1999, de la siguiente forma, regulando en la letra c) que:

- c) “La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución”.

Con respecto a esta modificación ya hemos comentado al comienzo del capítulo el despropósito de la misma, por la evolución que dicho interés legal del dinero tuvo en relación al tipo de interés fijo del 6% que se pactó en un comienzo y que esta disposición adicional venía a modificar, abaratando el coste del promotor en la devolución de las cantidades en caso de incumplimiento.

Despropósito, del que se salvaron los adquirentes de las viviendas de protección oficial, puesto que el Decreto 2114/1968, de 24 de julio por el que se aprobaba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, en su artículo 114. 4º b)⁹⁷ ya fijaba que las cantidades recibidas se devolverían junto con los intereses legales del dinero.

⁹⁷ “Artículo 114. Para que los promotores de «Viviendas de Protección Oficial» incluidos en los apartados a), b), j), j), k) y l) del artículo 22 de este Reglamento puedan percibir de los compradores o adquirentes durante el periodo de la construcción y una vez otorgada la calificación provisional la parte de precio que no haya de aplazarse en la venta de viviendas subvencionadas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129 de este Reglamento, o el precio total en las restantes «Viviendas de Protección Oficial», deberán cumplir las siguientes condiciones:

...4º...b) Aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe de las cantidades recibidas, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva o no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentariamente concedida. Tratándose de Cooperativas de Viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación será admitida en sustitución del aval o seguro exigido al resto de los promotores”.

3.1 El “*dies ad quo*” y el “*dies ad quem*” del devengo

Por otro lado, establecía este apartado de la disposición adicional primera de la LOE, en el año 1999, el “*dies ad quem*”, para el cómputo de los intereses correspondientes; concretándolo en el día “...en que se haga efectiva la devolución...”.

Así se podía afirmar, como lo hace MARÍN LÓPEZ⁹⁸ que “...en un principio del tenor literal del art. 2 Ley 57/1968 interpretado con relación al art. 3 de la citada Orden debe entenderse que el interés debe computar desde la fecha de entrega por el cesionario de las cantidades recibidas a cuenta hasta el momento en que se haga efectiva la devolución conforme a la letra c) de la disposición adicional primera de la LOE”.

El legislador del 2015, modifica, acertadamente a nuestro juicio, el “*dies ad quem*”, al concluir que la suma garantizada será “...incrementada en el interés legal del dinero...hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”⁹⁹ puesto que el adquirente puede resolver el contrato desde el día siguiente a la fecha pactada para la entrega de la vivienda y carecería de sentido que se devengaran unos intereses a su favor, siendo el propio adquirente el que los provoca al no reclamar su devolución.

Con respecto al “*dies a quo*”, es cierto que ni el legislador de 1968 ni el de 1999, se preocupan, en modo alguno, de fijarlo concretamente, pero en la consideración de que dichos intereses tienen naturaleza remuneratoria, nunca existió la más mínima duda al respecto. Pese a ello, elogiamos la puntualización en este sentido del reciente legislador cuando establece que, la suma garantizada será “...incrementada en el interés legal del dinero desde la fecha en que fueron entregadas las mismas...”¹⁰⁰.

3.2 El tipo de interés aplicable

Con respecto a los intereses a devolver, merece expresa mención una reciente Sentencia del 30 de abril del 2015¹⁰¹, del Tribunal Supremo en la que se condenaba a la entidad garante (en este caso, una entidad de crédito) a reintegrar las cantidades anticipadas más el 6% de interés y ello, puesto que en el contrato de afianzamiento “...el interés pactado (1255 del Código Civil) fue del 6% estando

⁹⁸ MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op. cit., pág. 767 y 768. Se refiere a la Orden 29 de noviembre de 1968. En el mismo sentido véase DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción...”, op. cit., pág. 16.

⁹⁹ Apartado Dos.1.b), al referirse a las cantidades garantizadas mediante seguro de caución y Apartado Dos.2.a) al referirse a la garantía otorgada mediante aval solidario, de la disposición adicional primera de la LOE.

¹⁰⁰ Apartado Dos.1.b), al referirse a las cantidades garantizadas mediante seguro de caución y Apartado Dos.2.a) al referirse a la garantía otorgada mediante aval solidario, de la disposición adicional primera de la LOE.

¹⁰¹ STS número 780/2014 [RJ\2015\2017].

ya en vigor la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/99...” argumentando dicho Tribunal con respecto a la Ley de 1968 “...que aunque tiene un carácter también preceptivo, lo es respecto de un tipo mínimo exigible, no impidiendo que al voluntad de las partes... pacten un interés superior...”.

Rechazamos de pleno dicha argumentación y ello por varios motivos:

1º.- En primer lugar, consideramos que la Ley que regula la materia es una ley de mínimos de contenido obligatorio o como bien menciona el propio Tribunal, “El legislador instituye dichas normas desde el “*ius cogens*”, un mandato de ineludible cumplimiento, dirigido a la protección del adquirente, al instituir un derecho objetivo de reintegro de los capitales anticipados para la adquisición de la vivienda en construcción...”. Dicha consideración de derecho objetivo es la que enarbola el mencionado Tribunal para exigir el pago de todas las cantidades anticipadas, aun cuando dichas cantidades no se hayan ingresado efectivamente en la cuenta especial, anulando las limitaciones que en este sentido, tenían los propios documentos de individuales de garantía.

Entendemos razonable, aunque con algunas limitaciones que explicaremos en el capítulo de los avales solidarios, que se considere que si se emite un aval para garantizar las cantidades anticipadas al amparo de la referida Ley, se tengan por no puestas aquellas limitaciones que conculquen el derecho objetivo fijado por la norma a favor del adquirente, pero lo ilógico es que se exija la devolución, a la entidad garante, de un interés por encima del que viene obligado el promotor por la Ley (pese a que el mismo estuviera pactado en el contrato de afianzamiento), igual que tampoco sería aceptable, a nuestro juicio, que si el aval recogiera mayor cantidad de la anticipada, a devolver al adquirente, efectivamente así se acordara por estar recogido en el mismo documento.

2º.- Esgrime el Tribunal juzgador: “...no impidiendo que la voluntad de las partes, de la que no participó el beneficiario, pacten un interés superior, de modo que los avales individualizados no pueden desdecir las condiciones pactadas en el contrato principal del que traen causa”.

Entenderíamos dicha argumentación, si el acuerdo de devolución de dicho tipo de interés (del 6% en vez del interés legal del dinero), hubiera sido pactado en el contrato de compraventa entre el promotor y el adquirente, pero nunca en el contrato de afianzamiento entre promotor y garante, firmado en puridad para cumplir con el contenido al que viene obligado por la Ley, y cuyo contenido, no se puede trasladar, en palabras del Supremo, a “...los compradores que, en este caso, son terceros, en cuanto no son partes contratantes del mismo...” pues en dicho supuesto nos encontraríamos que la garantía sobrepasa indebidamente la defensa de los legítimos intereses del beneficiario de la misma; obteniendo un beneficio más allá de lo que la ley le concede sin que se haya pactado así entre promotor y adquirente.

3º.- Por último, la garantía prestada se realiza mediante aval solidario. Como tal aval, participa de la naturaleza de la fianza; solidaria, sí, pero fianza

al fin y al cabo. En este sentido es clara la regulación al respecto de nuestro Código Civil en su artículo 1826, que establece:

“El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en cantidad como en lo oneroso de las condiciones”.

Y continúa resolviendo en caso de que así sucediera:

“Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor¹⁰²”.

Y con respecto a este tema, nos hacemos eco de una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 31 de octubre de 2012¹⁰³, que si bien condena a una entidad financiera-garante al pago del total de las cantidades anticipadas por el adquirente al promotor (fueran o no ingresadas en la cuenta especial), pese a que el aval se otorgó por un importe inferior y ello, puesto que se indicaba en el texto que se emitía en virtud de la Ley 57/68; del mismo modo y por los mismos argumentos, la exoneró del pago de un 6% de intereses¹⁰⁴, por cuanto la tuitiva Ley había sido modificada por la disposición adicional primera de la LOE dictada en el año 1999.

En este sentido y para concluir, simplemente manifestar que nos apoyamos para dicha conclusión en el interrogante que ESPIGARES HUETE¹⁰⁵ hacía sobre los avales a primer requerimiento y que creemos encaja en la cuestión debatida, “... ¿puede un aval a primer requerimiento sobrepasar indebidamente la defensa de los legítimos intereses del beneficiario?...”, a nuestro juicio ello es lo que sucede si en el contrato de compraventa no se pactó dicho interés superior. Al

¹⁰² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., en “Código Civil Comentado y con Jurisprudencia”, *La Ley*, 7ª edición, afirma “...en este precepto, es donde más propiamente delimita la extensión y caracteres de la obligación del fiador, precisando el alcance de su responsabilidad “*per relationem*” con la obligación fiada, que, en ningún caso, podrá exceder de los límites concretos fijados en el art. 1826 en cuanto dispone que el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Frente a la exigencia de la identidad absoluta entre la obligación fiada y la del fiador, propia de algún momento de la fianza romana, estimando que sólo así puede satisfacerse el interés del acreedor, el Código admite una identidad meramente parcial entre ambas y considera que ésta tiene lugar cuando el garante se obliga “*in leviolem causam*”...En su apartado segundo, el artículo establece la reducción del exceso cuando el fiador asume la garantía en condiciones de mayor onerosidad que el deudor principal. La solución resulta acorde con la formulación del principio de identidad, en los términos señalados, y tiene su fundamento en la causa de la garantía que el fiador se comprometió a prestar”.

¹⁰³ STS núm. 554/2012, [RJ\2013\113132].

¹⁰⁴ De hecho, el texto del aval ponía que se abonarían los intereses del 10% pero la sentencia de primera instancia, corrigió los mismos al 6%, volviendo a corregirse en segunda instancia, en el sentido comentado.

¹⁰⁵ ESPIGARES HUETE, J. C., “Aspectos fundamentales de la problemática actual sobre las denominadas garantías “a primer requerimiento” (Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas y otras cuestiones)”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (*Dir.*), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005, pág. 176. El autor igualmente nos remite a CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Interpretación de las cláusulas a primera demanda en los contratos mercantiles”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 54, 1994, páginas 394 y siguientes, al afirmar que “...en la correcta interpretación de la efectiva voluntad de las partes reside la solución de muchas de las cuestiones planteables”. Aunque en el caso que nos ocupa, la autonomía de la voluntad deja paso a lo establecido en la Ley 57/1968.

mantenimiento de dicha postura, a nuestro juicio, colabora la conclusión que alcanza CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁰⁶ cuando afirma que el principio indemnizatorio en el seguro de caución no se vulnera porque la cantidad esté previamente fijada siempre que se mantenga "...la exigencia de que el seguro no sea objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado", lo que sucedería si obtuviera de la aseguradora una cantidad mayor a la pactada en el contrato de compraventa o a la establecida en la Ley.

4. EL CARÁCTER ADMINISTRATIVO DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

La última modificación que realiza la disposición adicional primera de la LOE, en su apartado d), establece:

- d) "Las multas por incumplimiento a que se refiere el párrafo primero del artículo 6 de la citada Ley, se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas".

Sin embargo, como ya hemos visto en el capítulo anterior, fue la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el Código Penal, en su Disposición Derogatoria Única.1. f), la que derogó expresamente:

"El [artículo 6 de la Ley 57 /1968, de 27 de julio \(RCL 1968, 1335\)](#), sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas".

La Ley de Ordenación de la Edificación fue aprobada en el año 1999 mientras que la Ley Orgánica mencionada lo fue en el año 1995. Por consiguiente, lo que realmente hizo el legislador del año 1999 fue introducir y no modificar el capítulo sexto de la referida Ley, puesto que el mismo se encontraba hacía años derogado.

En relación con el contenido introducido por dicha disposición adicional en la Ley 57/1968, algunos autores afirman: "La LOE introduce un defectuoso sistema sancionador, estableciendo que las multas por incumplimiento, que se impondrán por las Comunidades Autónomas, deberán llegar hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada. Es evidente que esta

¹⁰⁶ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "El seguro de caución: estudio crítico". *Fundación MAPFRE*, 1994, pág. 145.

determinación no obliga a las CCAA que tengan asumidas (y son todas) competencias en materia de vivienda”¹⁰⁷. No podemos sino manifestarnos a favor de dicha afirmación puesto que en el año 1999 las Comunidades Autónomas habían asumido las competencias en materia de vivienda lo que implicaba en idéntica forma, asumir la potestad sancionadora asociadas a dichas competencias.

Actualmente, dicha redacción ha sido modificada considerablemente y será objeto de análisis más pausado. Sin embargo, en el aspecto aquí recogido debemos indicar que el legislador matiza dicho límite incluyendo una modificación en el sentido de que la sanción será la establecida por la norma o “la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas”, salvando dicha interferencia en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas por parte del Estado.

5. CONCLUSIÓN

En definitiva, creemos que las modificaciones introducidas (salvo la referente a lo que hemos valorado como una clara intención de extender la protección de la Ley 57/1968, a todo tipo de edificación, que, sin embargo, no ha continuado el legislador del 2015), venían únicamente a plasmar situaciones que, de hecho estaban produciéndose en la práctica, tales como incluir a comunidades de propietarios y sociedades cooperativas como promotores sujetos a las obligaciones de la Ley; la posibilidad de anticipar cantidades mediante efectos cambiarios, etc.; salvo el cambio de interés cuyo resultado ya comentado, entendemos no fue deseado por el legislador, pues, era favorecedor para el incumplimiento del promotor.

Efectivamente, adolece de muchas carencias la, próxima a derogar, Ley 57/1968 y aunque en parte se han solventado, no se ha producido todo lo extensa y con toda la claridad que hubiera sido de esperar, en un contenido que lleva vigente más de 40 años y que, pese a lo breve de su articulado, ha sido objeto de análisis de gran parte de la doctrina y en relación a la cual, nuestro Alto Tribunal ha establecido doctrina jurisprudencial a principios del año 2015, tras sucesivos años de resoluciones contradictorias.

Por último, aunque la verdadera intención del legislador no hubiera sido extender el sistema de garantías establecido para la promoción de viviendas a la promoción de todo tipo de edificación en las que el promotor pretenda recibir cantidades anticipadas de los adquirentes, ni tampoco extenderlo a la promoción de viviendas cuando el adquirente no sea un consumidor, creemos que sería una buena medida preventiva en tanto en cuanto la actividad del promotor no se encuentra, como se ha indicado, sujeta a ningún tipo de exigencias de solvencia económica o supeditada a controles y supervisión propias de otras actividades que, por sus características, afectan igualmente a intereses que son dignos de una especial protección, en el sentido de que alcanzan a gran número de ciudadanos.

¹⁰⁷ CARRASCO PERERA y AAVV., en obra “Derecho de la Construcción y de la Vivienda”, capítulo XIX “Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas”, pág. 525.

Solo el paso del tiempo y la evolución normativa y jurisprudencial revelarán si la extensión de dicha protección se establece o no como necesaria.

2. LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS

Transcurren casi 20 años hasta la próxima modificación, que se opera a través de La Ley 20/2015, de 14 de julio¹⁰⁸, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. Esta Ley, viene a modificar la disposición adicional primera de la LOE y a derogar la Ley 57/1968 y otras complementarias, a partir de su entrada en vigor, el 1 de enero de 2016.

Dicha modificación es loable, a nuestro juicio, porque viene a suplir algunas de las carencias, a saber, la fijación de plazos desde cuánto contratar las garantías, así como de caducidad de las mismas, o bien, el establecimiento de los requisitos que han de reunir las garantías para que puedan "...servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción...".

Sin embargo, sigue teniendo carencias fundamentales, aparte de añadir otras innecesarias cuales son la confusión del tipo de garantía que ha de tenerse contratado por el promotor en cada momento concreto o no otorgar la suficiente relevancia y dedicación a la apertura de la cuenta especial, medida preventiva que, sigue exigiendo pese a todo.

En cualquier caso, las mismas se irán poniendo de manifiesto a lo largo de la exposición y, muy concretamente, en los capítulos de la cuenta especial y de las garantías.

Por último, a través de su apartado siete, titulado "infracciones y sanciones", por el que enumera el elenco de las infracciones que supone el incumplimiento de las obligaciones establecidas, parece claro que refuerza, por un lado, la idea de que el destinatario final de dicha normativa de obligado cumplimiento, no es otro sino el promotor de la vivienda que pretenda percibir de los compradores cantidades anticipadas a la construcción y entrega de aquella y, por otro, la idea de que dicha actividad, al dirigirse al consumidor y girar en torno a la construcción de un bien protegido constitucionalmente y de necesidad, a saber, la vivienda, merece una atención especial de las Administraciones competentes correspondientes en cada Comunidad Autónoma, pese a que no establezca, como algunos requerían, "...la exigencia de condiciones financieras de quienes se dedican a la promoción inmobiliaria..." con el fin de disminuir el riesgo de insolvencias¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BOE 15 julio 2015, núm. 168, [pág. 58455].

¹⁰⁹ Revisese nota de pie núm. 26, sobre autores.

**CAPÍTULO SEGUNDO.-
ENFOQUE DE LA NORMA.
LAS OBLIGACIONES LEGALES**

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las dificultades por las que ha atravesado el mercado inmobiliario en los últimos años, relativas sobre todo a la minoración de los precios de la vivienda de nueva construcción, ha provocado un giro radical en cuanto al origen y motivos de la resolución de los contratos de compraventa, siendo el comprador el que procede a instarla (frente a los tiempos de la burbuja inmobiliaria, que se instaban por el promotor), por lo que la olvidada tuitiva de 1968 ha cobrado una fuerza y protagonismo inusitado, muy a nuestro pesar, tras largos años de inoperancia.

Así, la Ley 57/1968 durmió *en brazos de Morfeo* hasta que despertó para comprobar que, en la gran mayoría de los contratos de compraventa de viviendas en los que el promotor recibía cantidades anticipadas y por casi todos los sujetos que, directa o indirectamente, participaban en la promoción de la vivienda, estaba siendo sistemáticamente ignorada.

La doctrina clama al respecto y así, VERDERA SERVER¹¹⁰ afirma que "...la Ley 57/1968, ha vivido en una especie de letargo jurídico durante décadas...". Por su parte, DOMÍNGUEZ ROMERO¹¹¹, sentencia que "...esta Ley ha dormido el sueño de los justos durante los tiempos de bonanza económica en que cualquiera recibía las mieles crediticias de aquella suerte de genio de la lámpara, de aquel ente llamado financiero, deseoso de cumplir todo deseo que tuviera que ver con el ladrillo".

En la práctica se demostró lo insuficiente del articulado de la Ley para dar respuesta a toda la casuística generada, así el citado autor DOMÍNGUEZ ROMERO¹¹², continuaba afirmando que "...los únicos que eran conscientes de la meritada Ley... eran los promotores inmobiliarios, por cuanto en los contratos de compraventa introducían, en el mejor de los casos, la referencia a esta vetusta ley, aunque no siempre se traducían en la formalización del aval o contrato de seguro previsto en dicha norma".

Todo ello ha incrementado con creces la cantidad de reclamaciones de adquirentes de viviendas frente a promotores y entidades garantes (bien sean entidades financieras o entidades aseguradoras), los cuáles, afectados igualmente por la interminable crisis estructural a la que asistimos, han defendido sus posiciones, con argumentos más o menos sólidos.

El enfrentamiento entre consumidores y promotores es innegable. La situación de ambos: los primeros, asfixiados por una situación económica bien

¹¹⁰ VERDERA SERVER, R., "Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas...", op. cit., pág. 976.

¹¹¹ DOMÍNGUEZ ROMERO, J., "Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo...", op. cit., pág. 1.

¹¹² Vid, op. cit., pág. 1. Véase igualmente la obra de CHAMORRO POSADA, M., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante...", op. cit., y ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit.

diferente a la que tenían cuando firmaron los contratos de compraventa, unido a la realidad de que el valor de las viviendas que adquirieron ha experimentado un impensable declive por la situación del mercado inmobiliario o que no encuentran, sencillamente, la financiación tan fácil años atrás y los segundos, en una situación de insolvencia sin retorno, o, en el peor de los casos, desaparecidos del escenario económico, por múltiples razones, ha propiciado la inevitable búsqueda de responsabilidades en aquellos que se convirtieron en entidades garantes o que, simplemente, se favorecieron de un mercado en auge años atrás.

Inevitablemente, la judicialización de las relaciones entre todos los sujetos implicados, ha derivado en numerosas sentencias dispares a lo largo de estos años, lo que ha motivado que el necesario establecimiento de doctrina jurisprudencial unificadora, que no ha visto la luz sino hasta finales del año 2014 y principios del 2015.

La labor del Alto Tribunal ha constituido un despliegue de su función integradora del ordenamiento jurídico que ha sido fundamental.

Se reclamaba necesariamente una urgente reforma legal, la cual llegó para sorpresa de muchos, y sin duda inspirada por la doctrina jurisprudencial asentada, a mediados del mes de julio de 2015, mediante la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras¹¹³, la que a través de su disposición final tercera, procede a modificar parcialmente la Ley de Ordenación de la Edificación¹¹⁴, y por ella, entre otros artículos de dicho cuerpo legal, su disposición adicional primera, que pasará a regular la percepción de cantidades anticipadas a cuenta del precio durante la construcción de viviendas. Igualmente, se deroga la ley 57/1968, de 27 de julio, como otra normativa relacionada, por medio de la disposición derogatoria tercera añadida a la referida Ley de Ordenación de la Edificación.

Dicha modificación entrará en vigor el 1 de enero de 2016¹¹⁵, motivo por el cual, la Ley 57/1968, seguirá en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015.

Sin embargo para analizar la reciente modificación operada en su profundidad en relación con el alcance y naturaleza de las garantías, lo que realicemos en los capítulos posteriores, debemos centrarnos en las obligaciones que establece la ley y en las dificultades encontradas en la práctica, puesto ello constituye el verdadero objeto de este trabajo; imponiéndose como necesario, en ocasiones, revisar la doctrina jurisprudencial creada recientemente por el Tribunal Supremo.

¹¹³ Publicada en el BOE núm. 168 de 15 de julio de 2015 [RCL\2015\1088].

¹¹⁴ Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, <<BOE>> núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

¹¹⁵ Disposición final vigésima primera de la Ley 20/2015 mencionada, apartado 1. La disposición transitoria tercera de la LOE, introducida por la Ley 20/2015, no es muy clara en cuanto a la fecha en que las pólizas de seguros de caución han de adaptarse a la normativa; creando duda si la fecha de referencia es el 1 de enero de 2016 o el 1 de julio de dicho año.

II. EL ALCANCE DE LA NORMA

1. ÁMBITO SUBJETIVO

La Ley de 1968 fija un claro destinatario de las obligaciones en ella contenidas, definiéndolo en su artículo primero, al establecer que “Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial...y que pretendan obtener cantidades a cuenta de los adquirentes de dichas viviendas...deberán cumplir las obligaciones siguientes:...”. Así pues, los obligados al cumplimiento solo podrían ser aquellos transmitentes de viviendas que reunían la condición de promotor¹¹⁶ libre; pues como expresamente se mencionaba, quedaban excluidos aquellos que promovieran viviendas de protección oficial¹¹⁷.

Dentro del concepto de promotores obligados por la Ley, había de incluirse tanto a las entidades de gestión de comunidades de propietarios como a las sociedades cooperativas; no deteniéndonos en este tema más que la presente mención, por ser un tema resuelto por la normativa de desarrollo y modificativa de la Ley¹¹⁸ y consolidado por numerosa jurisprudencia¹¹⁹. En la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2015, núm. 780/2014¹²⁰, en la que el promotor era una sociedad cooperativa de viviendas, manifiesta:

“Dicha protección se ve avalada por la propia Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación que se hace eco del clamor social amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, protegiendo al *cooperativista* con los beneficios tuitivos de la legislación sobre consumidores”.

Para CARRASCO PERERA et al¹²¹, “Las obligaciones que la Ley 57/1968 impone al promotor corresponderán en este caso –refiriéndose a las

¹¹⁶ “Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título” – artículo 9.1 de la L.O.E.

¹¹⁷ Sobre las personas jurídicas excluidas, véase pie de página 2 del capítulo primero.

¹¹⁸ La D.A. 1ª que introdujo la Ley de Ordenación de la Edificación al ser promulgada en el año 1.999 ya hacía mención a que la Ley del 68 sería de aplicación a toda clase de viviendas “...incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”, aunque previamente ya se entendían afectadas por cuanto el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, hacía extensible el contenido de la Ley a las Comunidades de Propietarios y a las Cooperativas de Viviendas. Sin embargo, pueden verse: ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia”, 3ª edición, Pamplona, 2007 y GÓMEZ CALLE, E., “La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, *ADC*, núm. 45, 1992.

¹¹⁹ STS, de 16 de enero de 2015, [RJ\2015\278]; STS, de 13 de septiembre de 2013, núm. 540, [RJ\2013\5931], en las que la promotora era una sociedad cooperativa de viviendas y STS de 7 de febrero de 2006, núm. 111, [RJ\2006\629].

¹²⁰ STS, de 30 de abril de 2015, [RJ\2015\2017].

¹²¹ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Derecho de la Construcción y la Vivienda”, op. cit. Véase el capítulo “Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas” y, en concreto sobre el tema, páginas 526 a 528. También al respecto, TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Interposición gestora de las cooperativas de viviendas”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 38, 1995.

comunidades de propietarios- a la persona que gestione la adquisición del solar y la construcción del edificio, y perciba las cantidades anticipadas, bien como propietaria, bien como mandataria. Si se trata de cooperativas, las obligaciones corresponderán a la Junta Rectora, y se deberán restituir en las condiciones señaladas, cualquier aportación hecha por el socio”¹²².

Para completar el ámbito subjetivo de la norma de estudio, hemos de resaltar que la Ley de 1968, se refiere mediante los términos de “adquirentes”, “cesionarios” o “compradores” a aquellos para cuya protección se establecieron las garantías en la misma¹²³.

En la actual disposición adicional 1ª de la L.O.E., tan solo recurre al término de “adquirente”.

2. VIVIENDAS DESTINADAS A CONSUMIDORES

Llegados a este punto, delimitado el ámbito subjetivo de la normativa de estudio, es importante adentrarnos en un aspecto en el que habíamos reparado previamente y que, con la nueva situación normativa, recobra si acaso, mayor firmeza.

Es este artículo el que ha sido modificado más intensamente, en las 2 modificaciones que se han operado a lo largo de su amplia trayectoria.

En él se recogen, no sólo las medidas o condiciones, según terminología propia de la Ley, que ha de cumplir todo aquel promotor de viviendas libres, que pretenda percibir cantidades anticipadas durante la construcción de las mismas; sino también, se identifica el tipo de construcción que ha de realizar el promotor, para verse sujeto por las obligaciones de la Ley.

Como ya hemos comentado y nos parece importarte insistir en ello, el concepto de vivienda recogido por la Ley, ha sufrido, a nuestro juicio, una modificación en modo alguno superficial.

Aunque ni la jurisprudencia ni la doctrina concedieron mayor importancia a dicha modificación, llegando hasta nuestros días inalterada la concepción de que dicha norma tan solo es predicable a los consumidores y para no extendernos más, reiteramos brevemente que nuestra opinión es que la norma objeto de estudio debería aplicarse a todas aquellas personas, físicas o jurídicas

¹²² También GÓMEZ CALLE, E., “La significación del título constitutivo...”, op. cit.

¹²³ Sobre la aplicación de la norma a los consumidores en exclusiva existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial. En la medida en que en cierta manera matizamos a lo largo del trabajo dicha afirmación, no entramos a desarrollarla en este punto. Sin embargo, puede verse, por todos, la obra de CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, op. cit., pág. 11.

que adquieran una vivienda en construcción para la que anticipen cantidades y ello en base a los siguientes motivos:

- En primer lugar, por lo ya explicado en el capítulo anterior sobre lo que a nuestro juicio se revelaba como clara intención del legislador de extender dicha obligación a todos aquellos promotores de cualquier tipo de edificación que pretendieran obtener cantidades anticipadas durante la construcción de la concreta edificación.

- En segundo lugar, puesto que el legislador ha asentado definitivamente la regulación sobre la materia en la Ley de Ordenación de la Edificación, en vez de dictar una nueva Ley al margen de dicha disposición.

- En tercer lugar, puesto que si bien, en sus comienzos, la promulgación de la Ley 57/1968, fue motivada por el “estado de necesidad de alojamiento familiar” y con la finalidad de frenar los abusos ocasionados por los promotores de la época en que se aprobó la referida ley y para salvar el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada¹²⁴; creemos, relacionado con los motivos anteriormente expuestos, que la norma ha de ser interpretada como de obligado cumplimiento para todos aquellos promotores que pretendan recibir cantidades anticipadas durante la construcción de las viviendas, sea cual fuere el destinatario final de la construcción, sin que ello impida la protección que la normativa de consumidores brinda a éstos y que les es perfectamente aplicable.

- En cuarto lugar, por la eliminación del artículo relativo a la irrenunciabilidad de los derechos establecidos en la norma. De tal forma que, como veremos al analizar dicha supresión, se abre la posibilidad de que, precisamente al ser un destinatario final no consumidor, dichos derechos o alcance de los mismos puedan ser negociados y, en todo caso, se renuncie a ellos en el momento de la firma del correspondiente contrato de compraventa, sin que ello se contradiga con el imperativo legal de la norma aplicable con carácter general si no existe dicha renuncia.

- En último lugar, porque la realidad no es tan clara en la mayoría de las situaciones: ni el promotor, ni las entidades garantes, diferencian a los adquirentes de las viviendas de una promoción según la finalidad de su compra (ni firman distintos contratos, ni son excluidos –en principio- de la garantía, etc.); porque lo que en un primer momento se pensó adquirir como inversión, finalmente puede acabar siendo el domicilio habitual –o a la inversa- y porque, en definitiva, al margen del destino pretendido o finalmente dado a la vivienda, aquel promotor que pretenda recibir cantidades anticipadas, debería ofrecer una garantía de devolución de las referidas cantidades,

¹²⁴ Artículo 47 de la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, <B.O.E> núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

indistintamente de qué características tenga el adquirente de la vivienda en construcción.

En cualquier caso, a día de hoy, se entiende como una norma aplicable a consumidores, como claramente sentencia el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre la que destacamos la reciente y ya citada, sentencia de 30 de abril de 2015¹²⁵:

“En la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que es presentada como medida esencial de intervención estatal en el mercado inmobiliario, dirigida a la protección del consumidor, entendido como la parte más débil de la relación contractual”.

El artículo 1¹²⁶ de la Ley 57/1968, establece:

“Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, y que pretendan obtener de los *cesionarios* entregas de dinero *antes de iniciar la construcción o durante la misma*, deberán cumplir las condiciones siguientes:”

Tras una simple lectura, y aunque parezca obvio, se podrá afirmar que siempre que se produzca la combinación de dos requisitos, le será de aplicación la normativa reguladora de esta materia, a saber:

* Por un lado, que en el contrato se exija la entrega de cantidades anticipadas al adquirente, y,

* Por otro, dichas cantidades se entreguen antes o durante la construcción de la vivienda.

Aunque, como decimos, dichos requisitos sean obvios, pese a ello, en la práctica nos encontraremos situaciones que simplemente no se entienden amparadas por la normativa, por incumplir alguno de los dos y así, con respecto al primero de ellos, encontramos la demanda de unos adquirentes solicitando a una entidad financiera, la devolución de las cantidades anticipadas, presentando un contrato en el que se pactó y extractamos literalmente:

“4ª. _ Dicho precio de adjudicación habrá de ser satisfecho por Don ** y Doña ** en las siguientes condiciones y plazos:

1) 100%, más el IVA del precio de adjudicación, se liquidarán a la firma de Escritura de Compraventa ante Notario y entrega de llaves”

¹²⁵ STS núm. 237/2015, [RJ\2015\1363].

¹²⁶ Con la modificación realizada por la disposición adicional primera de la LOE en el año 1999.

Evidentemente, lo que pretenden es la devolución de otras cantidades que, en virtud de una mejora en la vivienda negociada con el promotor, se anticiparon posteriormente al contrato de compraventa. En este caso, se ingresaron en una cuenta del promotor que éste tenía en la entidad financiera que le había concedido el préstamo promotor y a la que los adquirentes dirigían su reclamación. Dicha reclamación en modo alguno, ha de estar amparada por la presente normativa ni pretender que la entidad financiera responda de dicha devolución simplemente por el hecho de que las cantidades se ingresaron en una cuenta que el promotor tenía previamente abierta en la entidad.

La Disposición Adicional Primera de la L.O.E., en su apartado Uno. 1, en la redacción dada por el legislador del 2015, mantiene al respecto prácticamente la misma redacción que la Ley, salvo la inclusión expresa de las viviendas realizadas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, mencionado en el párrafo anterior; estableciendo así “Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas,...y que pretendan obtener de los *adquirentes* entregas de dinero *para su construcción*, deberán cumplir las obligaciones siguientes:...”.

Solo nos queda mencionar dos mínimas modificaciones pues, en profundidad, analizaremos este artículo en los capítulos siguientes:

1.- Cambia el término cesionarios por adquirentes.

En relación al negocio jurídico suscrito entre las partes, parece que el legislador ha tomado nota de la numerosa doctrina que criticaba la ausencia en la Ley de la expresión “contrato de compraventa” para referirse a él y así ahora, viene a recoger ésta en la disposición adicional 1ª de la L.O.E.¹²⁷, frente a la terminología de “contrato de cesión” usada en la Ley de 1968.

VERDERA SERVER¹²⁸ resaltaba que “no deja de resultar curiosa la obsesión de la Ley 57/1968 por desterrar las referencias a la compraventa y el empleo de términos relativamente ambiguos cuando en su aplicación la Ley se ha limitado a dicho contrato”.

Según esa extensa doctrina, la finalidad buscada por el legislador al introducir el concepto “contrato de cesión”, era incluir todo aquel negocio jurídico celebrado antes, o durante la construcción de la vivienda y en el que, por supuesto se pacte la entrega de cantidades anticipadamente y que tenga como fin, la construcción de una vivienda, y como matiza ESTRUCH ESTRUCH¹²⁹, “...con

¹²⁷ Tan solo en el apartado Dos. 1. i) de la D.A. 1ª de la L.O.E. se recoge la expresión “contrato de cesión”, aunque creemos que se debe a un error del legislador por transcribir la redacción de la anterior normativa en aquellos apartados que no se han modificado.

¹²⁸ VERDERA SERVER, R., “Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1.968”, op. cit., pág. 976.

¹²⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 70. Igualmente dicho autor continúa indicando que los promotores evitan el uso de la expresión “contrato de compraventa” para evitar ser sancionados administrativamente, por lo que “...los promotores se esfuerzan en busca otras denominaciones...”. Véase también GARÍCA-ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de prehorizontalidad...”, op. cit., pág. 931.

independencia, en primer lugar, de la denominación que entre las partes pueda recibir el negocio jurídico (contrato de reserva, precontrato, contrato de compromiso, etc.) y, en segundo lugar, del concepto en virtud del cual se haga la entrega de dichas cantidades (arras, señal, reserva, entrega a cuenta, etc.)¹³⁰.

Señala CABANILLAS SÁNCHEZ¹³¹ que "...aun cuando la Ley hace referencia a contratos de cesión de viviendas en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas, no cabe entender que el legislador esté pensando en la cesión típica regulada en el artículo 1526 y siguientes del Código Civil, sino que por el contrario el término legal pretende que alcance su aplicación a cualquier tipo de operación por la que se transmita o adquiera una vivienda recibiendo el transmitente cantidades a cuenta por el precio".

En definitiva, lo que el legislador persigue con dicho término legal de "contrato de cesión" es, como afirma SAPENA TOMÁS et al¹³², que "...no se evada de su aplicación cualquier tipo de operación por la que se transmita y adquiera una vivienda recibiendo el transmitente cantidades a cuenta del precio".

El ámbito objetivo se configura en palabras de VERDERA SERVER¹³³, con "...unas exigencias más estrictas...por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación las transmisiones de locales comerciales, almacenes, trasteros o garajes, siempre que se adquieran como unidades independientes".

Sin intento de hacer un exhaustivo análisis del ámbito causal de la norma, recogemos la enumeración de aquellos negocios jurídicos que de forma casi unánime toda la Doctrina, entiende incluidos:

- El "contrato de compraventa", siempre que concurren los requisitos indicados anteriormente¹³⁴, aunque no mencione expresamente este término el legislador de la Ley de 1968.

¹³⁰ Así lo entienden también, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las garantías del comprador...", op. cit., pág. 14 y 15; CARRASCO PERERA, A., "Percepción de cantidades...", op. cit., pág. 542; DIÉGUEZ OLIVA, R., "Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria", op. cit., pág. 200 y VERDERA SERVER, R., "Los avales prestados en la compraventa...", op. cit., pág. 977. Es interesante ver también la obra de CORONA QUESADA GONZÁLEZ, M^a, "Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las arras", AC, núm. 5/2003, [BIB/2003\554], pág. 17, donde afirma que "como la constitución de una u otra modalidad de arras depende de la autonomía de la voluntad, para averiguar en cada caso concreto qué tipo de arras se han pactado deben aplicarse las reglas de interpretación de los contratos (arts. 1281 CC y ss.) y, en consecuencia, hay que dar primacía de la voluntad de las partes contratantes, a su intención".

¹³¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, Á., "Las garantías del comprador...", op. cit., pág. 14 y 15.

¹³² SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V. M., "Las Garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores" en Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino, XIII Congreso, Barcelona, 1975, editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, pág. 91.

¹³³ VERDERA SERVER, R., "Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1.968", op. cit., pág. 976 y 977.

¹³⁴ Cantidades anticipadas y sobre una vivienda "...aún no construida, es decir, sobre plano o cosa futura", VERDERA SERVER, R., op. cit., pág. 978 y MONDÉJAR PEÑA, M.I., "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007, núm. 16, pág. 20.

- “Contrato de adquisición de cuotas indivisas de un edificio” pues, las partes, siempre que el edificio aún no se encuentre construido y se le exija al comprador la entrega de cantidades anticipadamente, persiguen transmitir la unidad privativa, esto es, la adquisición de cuotas indivisas en el futuro edificio que se construirá (aunque en el contrato, no se haga referencia a las concretas viviendas que se transmitirán) y que como afirma ESTRUCH ESTRUCH¹³⁵, “...lógicamente, deberán ser en el futuro objeto de división horizontal”.

- “Contrato de permuta de solar por obra”, no ha de entenderse incluido, pues en este tipo de contrato faltaría uno de los elementos esenciales para que entre en funcionamiento las normas preventivas a las que nos referimos, cual es, la entrega de cantidades anticipadamente, toda vez que, en este tipo de contratos, lo que es entregado por el futuro adquirente de la vivienda, es un solar y no una cantidad de dinero¹³⁶.

En este tipo de contratación, el futuro adquirente de la vivienda antes de entregar el solar donde se procederá a la construcción de la misma, suele exigir la constitución de garantías tales como avales a primer requerimiento que de forma autónoma a lo negociado con el promotor, le satisfaga el valor que fija para dichos solares.

En este sentido se pronuncia parte de la doctrina, en concreto ESTRUCH ESTRUCH¹³⁷, con el siguiente tenor: “Evidentemente, dado que las unidades de obra (que pueden ya aparecer inscritas a nombre del cedente) todavía no han sido construidas, el cedente precavido garantizará la obligación del cesionario de construir las viviendas (ya no hará falta garantizar la obligación de entregar las mismas pues aparecerán en el Registro de la propiedad inscritas a nombre del cedente) mediante cualquier tipo de garantía independiente como un aval bancario a primer requerimiento o un seguro de caución”.

Entiende este sector que es de aplicación la doctrina establecida en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de mayo de 1996, que permitió la transmisión y la inscripción de la misma con efectos reales de las unidades de obras comprometidas a favor del dueño del solar, el cedente del solar, aunque estas unidades aún no se encontraban construidas¹³⁸.

¹³⁵ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos...”, op. cit., pág. 86.

¹³⁶ Véase SERRANO CHAMORRO, M^a E., “Cambio de solar por edificación futura”, 2^a edición, Pamplona, 1997, pág. 349 para quien el solar se materializa en dinero; CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO C., “Derecho de la Construcción y la Vivienda...”, op. cit., pág. 272; CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta...”, op. cit., págs. 152 y 153 y Díez-Picazo y Ponce de León, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Tomo I, 6^a edición, Madrid, 2007, pág. 402.

¹³⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías...”, op. cit., pág. 77 y continua: “Por lo tanto, no es necesario que se apliquen las garantías establecidas en la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas a cuenta durante la construcción de las viviendas a los supuestos de contrato de permuta de obra de solar por obra futura. Y ello a pesar de que el permutante pueda ser considerado un consumidor y se demuestre que fuera a utilizar las viviendas entregadas a cambio de la permuta del solar como destinatario final de las mismas”. Vid. CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. “Derecho de la construcción...”, op. cit., pág. 273. En cuanto a las posibles formas de garantías véase SERRANO CHAMORRO, M^a E. “Cambio de solar por edificación futura...” op. cit., 425 y ss.

¹³⁸ Tampoco entienden la Ley aplicable a los supuestos de permuta de solar, BARRES BENLLOCH, M^a. P., “El seguro de caución en la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 26 de febrero de 1995”, *Revista Española*

En contra de esta postura, razona que también han de aplicarse las medidas de garantía establecidas en la norma de 1968 SERRANO CHAMORRO¹³⁹, argumentando que: “...aunque no se entregue dinero propiamente dicho, el solar sí puede materializarse en dinero, y sí puede considerarse como un anticipo a cuenta del piso...que vaya a recibir una vez concluida la edificación. Por ese motivo creo plenamente posible que el transmitente del solar pueda exigir al adquirente del mismo la observancia de las condiciones fijadas en esta Ley 57/1968”.

En posición ecléctica entre ambas, CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁴⁰, recuerda que “...la entrega del solar es puramente especulativa y por lo tanto no se anticipan fondos por el «estado de necesidad familiar». Pero, claro está, en algunos supuestos, cuando el anticipo se realice por esta razón, sí cabría su aplicación, luego lo determinante es el carácter de consumidor del adquirente”.

- “Aprovechamiento por turnos”. Es cierto que de forma habitual, la adquisición de viviendas suele hacerse en pleno dominio pero igualmente se aplicará la normativa preventiva regulada en la disposición adicional primera de la LOE cuando el derecho inmobiliario adquirido es un derecho de aprovechamiento por turnos de los regulados en la Ley 4/2012, de 6 de julio (artículo 25.2¹⁴¹).

2.- Cambia la expresión “antes de iniciar la construcción o durante la misma” por la más genérica de “para su construcción”.

de Seguros, 1995, núm. 84, pág. 68. También SAPENA TOMÁS, KJ., CERDÁ BAÑULS, J., y GARRIDO DE PALMA, V.M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas...”, op. cit. pág. 53 que entienden que “no existen cantidades a cuenta entregadas por el *dominus soli* al constructor, ni viceversa. El supuesto de hecho (cambio de suelo por pisos a construir) no responde al propio de las cantidades a cuenta del precio de adquisición”. Estos mismos autores, señalan que en el supuesto de que se debieran además de entregar el solar, entregar cantidades a cuenta antes de terminar la construcción y fuera consumidor, sí sería en este supuesto, “...clara la aplicación de las distintas disposiciones garantizadoras de las disposiciones citadas, dado su ratio y la amplitud de términos que emplean ambas”.

¹³⁹ SERRANO CHAMORRO, M^a E., “Cambio de solar por edificación futura...”, op. cit., pág. 374.

¹⁴⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 46/1998. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 1998, pág. 63.

¹⁴¹ “Artículo 25. Constitución del régimen.2. El propietario que constituya el régimen sobre un inmueble en construcción deberá, además, contratar a favor de los futuros adquirentes de derechos de aprovechamiento por turno un aval bancario con alguna de las entidades registradas en el Banco de España, o un seguro de caución celebrado con entidad autorizada para operar en dicho ramo en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho, actualizadas con arreglo al Índice de Precios de Consumo, si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario descrito en la escritura reguladora cuando el adquirente del derecho opte por la resolución del contrato. Las cantidades así recibidas serán independientes de las que deba satisfacer el propietario o promotor en concepto de indemnización de daños y perjuicios, consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones. Las garantías de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho de aprovechamiento por turno, se registrarán, en todo aquello que les sea aplicable, por la [Ley 57/1968, de 27 de julio \(RCL 1968, 1335\)](#), reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, y sus normas de desarrollo. Mientras no esté inscrita el acta notarial donde conste la finalización de la obra, en ningún caso podrá quedar liberado el aval constituido, ni extinguirse el contrato de seguro”.

Con ello entendemos que el legislador pretende darle mayor amplitud y llegar a cualquier cantidad anticipada al margen del momento puntual en que se hubieran entregado las mismas.

En cualquier caso, ello, ha de ponerse en consonancia con que la obligación del promotor de contratar garantía con la entidad garante, se establece, por el legislador del 2015, "...desde la obtención de la licencia de edificación..." por lo que no deberían firmarse y por lo tanto, anticiparse cantidades, con anterioridad a dicho momento.

Con respecto a las referidas condiciones que debe cumplir el promotor, si bien en los capítulos centrales, entraremos de lleno sobre ellas, sí existen algunas puntualizaciones a realizar para tener claro el alcance de las mismas:

1.- En torno a ellas, gira todo el entramado que la norma establece para la protección de los adquirentes de viviendas.

2.- Ambas, van dirigidas y son obligación del promotor y no de los adquirentes, ni de las entidades garantes o de la entidad bancaria en la que el promotor, decide abrir la cuenta especial.

3.- Ni el legislador, ni tampoco la jurisprudencia, las trata por igual, siendo ambas, sin embargo medidas o normas preventivas¹⁴², establecidas para el éxito de las finalidades perseguidas por la Ley: garantizar "...tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto"¹⁴³.

4.- Ambas medidas eran trasladadas de la normativa reguladora de las viviendas de protección estatal. El Decreto 9/1963, de 3 de enero¹⁴⁴, sobre percibo de cantidades a cuenta y publicidad de venta de viviendas de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva, establecía idénticas condiciones, aunque el mismo quedó derogado por el *Anexo 1* del Decreto número 2114/1968, de 24 de julio¹⁴⁵, que sería promulgado días antes que la Ley 57/1968, de 27 de julio. A él, deberemos prestar atención para comprender mejor la intención del legislador.

5°.- Una referencia a las mismas ha de incluirse en el contrato de compraventa, con las peculiaridades que analizaremos en adelante.

¹⁴² Terminología utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

¹⁴³ 2º párrafo, *in fine*, de la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968.

¹⁴⁴ Ministerio de Vivienda. BOE 12 de enero de 1963, número 11, página 464.

¹⁴⁵ BOE 7 septiembre 1968, núm. 216, [RCL\1968\1584].

6º.- En la publicidad y propaganda que se realice de la promoción de las viviendas, igualmente, se exige que con claridad y precisión, se incluyan una serie de datos sobre ellas¹⁴⁶.

3. MOTIVACIÓN LEGISLATIVA

Como hemos puesto de manifiesto, si bien el destinatario principal de las obligaciones establecidas en la misma, es el promotor-vendedor de las viviendas, la Ley lo acompaña de unos “compañeros de obligación”. Entre ellos, las entidades garantes de la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes, así como también, la entidad financiera donde el promotor decida abrir la cuenta especial. Para la apertura de la cuenta especial, ha de estar contratada “...la garantía a que se refiere la condición anterior...”, obligando el legislador a la entidad financiera, que exija la misma, bajo su responsabilidad.

Por ello, siguiendo la secuencia lógica para atender las obligaciones que la Ley marca, es inevitable la contratación de la garantía con carácter previo a la apertura de la cuenta especial.

Dirigiendo la mirada hacia el Decreto de 1963, que regulaba la percepción de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas de protección estatal, podemos observar ciertos matices importantes: el promotor debía solicitar autorización y ofrecer garantías suficientes (aval bancario o contrato de seguro) si pretendía recibir cantidades anticipadas, los contratos solamente se firmaban una vez se obtenía la calificación provisional y en ellos debía incluirse la cuenta bancaria y la designación de las garantías, y a la entidad financiera donde se abriera la cuenta¹⁴⁷, no se le hacía responsable de la contratación de las garantías.

Posteriormente, el Decreto 2114/1968, también reguladora de viviendas de protección estatal, introduciría la obligación de adjuntar a la solicitud administrativa, “aval bancario suficiente o contrato de seguro”, lo que provocó que en la Ley 57/1968, se estableciera dicha obligación con carácter previo, incluso, antes de la apertura de la cuenta especial, lo que derivó en responsabilizar a la entidad financiera del control de dicha contratación.

Sin embargo, en dicho momento, es imposible “garantizar” las cantidades, o tener constituida la garantía que sea válida y eficaz a favor del adquirente de las viviendas. Matizaremos la importancia de ello, en relación con la responsabilidad que atribuye a las entidades financieras en el punto siguiente.

¹⁴⁶ Regulada por la Orden de 5 de octubre de 1968.

¹⁴⁷ Aún no se había introducido la denominación de cuenta “especial”.

Continuaremos con una modificación introducida por el legislador del 2015, en el sentido de mencionar el plazo desde el que debe tenerse constituida la garantía, y así, indica:

“Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación...”

Aunque es acertado que se indique un plazo, sin embargo, dicha introducción al no haberse matizado, no hace sino confundir aún más. En la regulación de las viviendas de protección estatal¹⁴⁸, se establecía otra exigencia:

“Los contratos en los que se pacte la entrega de cantidades a cuenta se otorgarán una vez obtenida la calificación provisional...”, en la redacción del artículo segundo del Decreto 9/1963, o “Para que los promotores...puedan percibir de los compradores...y una vez otorgada la calificación provisional la parte del precio...”, en la redacción del artículo 114 del Decreto 2114/1968.

Esto significaba que en las promociones de VPO, tan solo podían firmarse los contratos con los compradores y por consiguiente, que éstos anticiparan las cantidades, una vez obtenida la calificación provisional que es, en la construcción de este tipo de viviendas, el documento equivalente a la licencia de edificación o de obras. Por ello, la garantía que en dicho momento había de prestar el promotor, era ya, la garantía propiamente dicha puesto que en dicho momento podía emitirse, al conocer al adquirente y las cantidades que iba a anticipar, etc.

A nuestro juicio, al exigir la contratación de la garantía, desde la obtención de la licencia de edificación, ha trasladado también, la exigencia de que no se firmen contratos de compraventa y por ende, no se entreguen cantidades, anticipadamente a dicha fecha, puesto que, es posible que el promotor aún no hay contratado las garantías, puesto que no se lo exige la Ley.

Aparte de ello, debería diferenciarse el hecho, por un lado, de que la garantía global deba contratarse “desde la obtención de la licencia de edificación”, con el hecho, por otro, de que si se firman los contratos, la garantía que deba entregarse al comprador, es ya la garantía en firme o válida a los efectos de prestar caución al futuro adquirente de la vivienda¹⁴⁹.

Por ello, aunque nos parece bien, como decimos, la introducción de un plazo desde el cual el promotor deba tener contratada la “garantía”, dicha garantía, insistimos, no debe confundirse con la garantía propiamente dicha.

¹⁴⁸ En adelante, probablemente, VPO, recurriendo a su cambio de denominación en años posteriores.

¹⁴⁹ Véase el trabajo de DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas...”, op. cit., página 8, donde pone de relieve el problema de que “...la falta de obligatoriedad de la constitución de las garantías en la fase de promoción al amparo del RD 515/1989 y del artículo 5 de la Ley 57/1968, combinado con ese pretendido carácter no contractual de los “contratos de reserva”, “contrato de arras”, “documento de reserva”, “orden de reserva”, ha generado muchos pretendidos abusos por parte de promotores como se desprende del análisis de la jurisprudencia del tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales en los últimos veinte años”.

Por último, la redacción final que queda del apartado es desafortunada, pues parece que se elimina el requisito del plazo en el inicio de las obras ya que, textualmente dice:

“...para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, en el plazo convenido para la entrega de la vivienda”.

Suponemos que esta redacción, que no del todo afortunada, se ha debido a la urgencia en realizar la reciente modificación, pues se desliga el inicio de las obras del plazo estipulado y parece exigirlo únicamente para la entrega de las viviendas.

Sin embargo en función de lo establecido legalmente y de lo asentado jurisprudencialmente, no puede negarse que el tiempo es un elemento determinante del cumplimiento, tanto el pactado para el inicio de las obras como el pactado para la entrega de la vivienda; puesto que cumplir con los plazos estipulados es determinante para que el interés del adquirente de viviendas que entrega anticipadamente cantidades, pueda resultar satisfecho¹⁵⁰.

Unas últimas puntualizaciones en relación a las garantías:

- El legislador insiste en la obligación de que se garanticen todas las cantidades que se han de anticipar, por lo que será necesario, por un lado, la emisión de cada certificado individual o aval solidario, por el total de las cantidades (se hayan anticipado aún o no), debiendo posteriormente, acreditar el adquirente, el efectivo anticipo, en caso de reclamación de la devolución de las cantidades.

- El legislador del 2015, entra a regular más detenidamente los denominados “avales individuales” (bien certificado individual de seguro de caución, bien aval solidario a favor del concreto adquirente) lo que, sobre todo, en lo relativo a ofrecer mayor claridad, es de agradecer.

La jurisprudencia afirma que corresponde al promotor-vendedor la obligación de abrir la cuenta especial y de ingresar en ella las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores, no pudiendo depararle a éstos, por tanto, los perjuicios derivados del incumplimiento por el promotor-vendedor, de estas obligaciones.

En este sentido se manifiesta la doctrina mayoritaria¹⁵¹, siendo matizada por CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁵² al afirmar “...por vía indirecta la Ley

¹⁵⁰ Véase sobre el término esencial INFANTE RUIZ, F. J., “Contrato y término esencial”, *La Ley, Madrid*, 2008 y también GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario a la Sentencia de 3 de julio de 2013. Resolución de contrato de compraventa de vivienda por retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega. Indeterminación del plazo: cláusula abusiva”, *Revista de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95/2014, Editorial Civitas, S.A., [BIB\2014\1607].

¹⁵¹ ESTRUCH ESTRUCH, J. “Las garantías...”, op. cit., 2009, pág. 348; BENAVENTE SEGORB, R., “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución...”, op. cit., páginas 535-551; GARCIA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., páginas 14 y siguientes y MARÍN LÓPEZ, J.J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op. cit., página 753.

hace recaer sobre el cedente la obligación de ingreso, pues es a él a quién corresponde fijar las condiciones de la promoción y al cesionario simplemente cumplirlas”, matización que aceptamos pero por la que defendemos, como, en adelante se razonará, que las consecuencias del incumplimiento tampoco han de ser trasladadas a la entidad garante. Sobre todo, puesto que la modificación de la norma que regula la materia sigue insistiendo en mantener que es el adquirente el que deberá ingresar las cantidades en la cuenta especial (evidentemente, debe interpretarse dicha obligación con los matices que, igualmente, expondremos).

En relación a dicho artículo hemos de destacar el último párrafo que es, sin duda, el que clarifica lo que venimos defendiendo sobre la necesidad y el momento en que han de otorgarse las garantías individualizadas. Simplemente lo trascibimos, pues lo analizaremos al final del trabajo:

“En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor,...hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e *individualizada* a las cantidades que han de ser anticipada a cuenta del precio”.

Es claro que en la práctica, el promotor formaliza previamente con las entidades garantes, bien un póliza flotante o colectiva del seguro de caución con la entidad aseguradora, bien una póliza o línea de avales con la entidad financiera, sin que los asegurados-beneficiarios estén aún determinados.

El asegurado-beneficiario debe solicitar la entrega de un certificado individual de seguro o un aval solidario, respectivamente, que son los documentos que dan efectividad a la garantía que otorgan las entidades garantes o, por mejor decir, son los títulos de garantía a favor del asegurado-beneficiario, o los que cumplen la función de garantía de las cantidades anticipadas.

En concreto, en relación a la garantía prestada mediante seguro de caución y como indica VERDERA SERVER¹⁵³, “no se alcanza la finalidad de garantía pretendida si sólo se entrega una póliza global del seguro de caución...”¹⁵⁴ y como acertadamente mantiene CAMACHO DE LOS RÍOS¹⁵⁵, “...sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por la existencia

¹⁵² CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, op. cit., pág. 68.

¹⁵³ VERDERA SERVER, R., “Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1968”, capítulo 87, en la obra “Tratado de la Compraventa”, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz, Tomo II, páginas 80 y 81.

¹⁵⁴ En este sentido igualmente: CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en AAVV, Régimen jurídico de la construcción, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación, *Thomson-Aranzadi*, 2007, páginas 535-536; DOMINGUEZ ROMERO, J., “La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción”, *Tirant lo Blanch*, 2010, páginas 38-39; MONDÉJAR PEÑA, M.I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de ...”, op. cit., páginas 216 y siguientes; y MALDONADO MOLINA, F.J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 37, 2011, páginas 9 y siguientes.

¹⁵⁵ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit., 1997, página 73.

de una póliza colectiva –previa siempre a los certificados individuales- pues tal posibilidad choca, además de con lo establecido en la legislación específica de este seguro, con los elementos esenciales del contrato de seguro: bilateralidad, deber de comunicación, importe de la prima, pago de la prima, etc.¹⁵⁶»

4. LOS INCUMPLIMIENTOS GARANTIZADOS

La determinación de cuándo se entiende cumplida la obligación del inicio de las obras o de entrega de la vivienda en plazo, es fundamental para que quede expedita la vía de ejecución/reclamación de la garantía establecida. Si bien es un tema que tratamos en el capítulo de la Resolución, podemos concluir someramente que:

El incumplimiento del plazo para el inicio de las obras, deberá entenderse cuando llegado ese plazo no esté firmada por el constructor, el arquitecto director y el técnico, el acta de replanteo, acta de comienzo o tira de cuentas (artículos 11 a 13 de la LOE), puesto que es cuando se considera que se ha comenzado la ejecución del contrato.

Con respecto a la entrega de la vivienda en plazo, la Ley de 1968 utilizaba términos como: “entrega”, “buen fin” o referencias a la “cédula de habitabilidad”, debiendo ser integrado dicho concepto por la Jurisprudencia y así el Tribunal Supremo, en su doctrina más reciente, establece que “...el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia que, en cambio, el promotor-vendedor sí debe despejar adecuadamente como responsable de que la edificación se ajuste a las normas urbanísticas” (STS de 10 septiembre d 2012 [RJ 2013, 2266]; de 6 de marzo de 2013 [RJ 2013, 3084]; y [RJ 2013, 3150]; y de 11 de marzo de 2013 [RJ 2013, 2590]).

El legislador del 2015, no se preocupa de introducir ninguna mención al respecto, entendemos, por considerar el criterio jurisprudencial, totalmente acertado.

Así mismo, advertimos sobre la supresión, por el reciente legislador, de la expresión “...por cualquier causa...”.

¹⁵⁶ Véase también: CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución. Estudio Crítico”, op. cit., 1994, páginas 71 y siguientes; GONZÁLEZ POVEDA, P., “Los seguros de crédito y caución”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. XIX, 1995, página 286; CARRASCO PERERA, Á., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990”, *CCJC*, núm. 23, 1990, página 611; DIEZ-PICAZO, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, vol. I, 4ª edición, Madrid, 1995, página 283 y siguientes y EMBID IRUJO, “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley*, tomo II, 1986, página 1077.

Evidentemente, dicha supresión, ha sido motivada sin duda, puesto que la jurisprudencia ha sentado criterio en el sentido de establecer que es indiferente la causa del incumplimiento de los plazos (tanto para el inicio de las obras, como para la entrega de la vivienda) en relación con la resolución contractual concedida al adquirente¹⁵⁷ o con la posibilidad de ejecutar las garantías¹⁵⁸. Difícilmente podrá considerarse la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor como justificación para la no entrega o no inicio de las obras, en plazo. La interpretación jurisprudencial es muy restrictiva y así, varias sentencias lo confirman:

STS de 22 de febrero del 2005¹⁵⁹:

“Intenta, el recurrente hacer valer de nuevo el argumento ya rechazado de la concurrencia de fuerza mayor, obstativa del cumplimiento a cuyo fin refuerza su posición, con referencia a la cláusula contractual, que condiciona la entrega en plazo, a que esta pueda realizarse si no concurren «causas de fuerza mayor» u otras ajenas al vendedor. Mas estas «causas ajenas al vendedor» hay que interpretarlas en consonancia con la «fuerza mayor», sin que comprendan una ampliación del concepto, pues la alienidad no puede confundirse con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento. En consecuencia, se desestima el motivo”.

SAP de Palencia, de 2 de enero de 2007¹⁶⁰, que señaló que no podía considerarse causas de fuerza mayor justificativas del retraso en la entrega de la vivienda, el hallazgo de restos arqueológicos, los problemas de cimentación, la necesidad de instalar un nuevo transformador, las condiciones climatológicas adversas o incluso, los cambios ordenados por la Concejalía de Obras.

SAP de Sevilla, de 29 de junio de 2004¹⁶¹ o SAP de Guipúzcoa, de 15 de febrero de 2008¹⁶², que niegan la relevancia de la huelga como causa de fuerza mayor.

¹⁵⁷ Regulada en el artículo tercero de la Ley 57/1968 o en el apartado Cuatro de la D. A. 1ª de la LOE en la reciente modificación operada en el presente año.

¹⁵⁸ En capítulos posteriores explicamos que, si bien el apartado Cuatro relativo a la facultad de resolución del adquirente, lleva el título de “Ejecución de garantías”, sin embargo, no es correcta dicha titulación, a nuestro juicio, puesto que, lo que en él se regula, no es exactamente, la ejecución de la garantía.

¹⁵⁹ STS, de 22 de febrero de 2005, núm. 126/2005, [RJ\2005\4742].

¹⁶⁰ [RJ\2007\266121].

¹⁶¹ [RJ\2004\211493].

¹⁶² [RJ\2008\174073].

SAP de Tarragona, de 20 de octubre de 2004¹⁶³, que resuelve igualmente, en un supuesto de retraso por trámites administrativos.

SAP de Palencia, de 16 de mayo de 2003¹⁶⁴, que insiste en que tampoco lo son los problemas de tipo laboral entre la empresa constructora y la subcontratista.

SAP de Cádiz, de 3 de junio de 2004¹⁶⁵, insiste en esta doctrina, indicando que la muerte de un trabajador en la obra no es absolutamente imprevisible, por lo que no despliega efectos para justificar un retraso por fuerza mayor.

Al respecto REBOLLEDO VARELA¹⁶⁶ concluye que “...cada vez se mantiene una interpretación más restrictiva de lo que ha de entenderse por caso fortuito o causas no imputables al vendedor-promotor referido a su necesaria previsibilidad respecto de las circunstancias que puedan concurrir teniendo en cuenta la situación geográfica a efectos de climatología, posibles dificultades de licencias administrativas, suministros, falta de personal adecuado y huelgas, modificación y alteración del proyecto, etc. ...y todo con fundamento en la profesionalidad del vendedor-promotor que conoce perfectamente, o debe conocer, las dificultades propias de la promoción inmobiliaria , y más cuando son grandes promociones más complejas de gestionar, y excluyendo de la cláusula de exoneración otro supuestos no contemplados en ella”.

Igualmente nos hacemos eco del comentario de ALONSO BEZOS¹⁶⁷ a la sentencia de 22 de diciembre de 2014 del Alto Tribunal en el que afirmaba: “...aun cuando pudiera exonerarse al deudor de la responsabilidad derivada del incumplimiento –por caso fortuito o fuerza mayor-en todo caso habría quedado alterado sustancialmente el cumplimiento del contrato de compraventa, con efecto tan negativo por el comprador como es un retraso tan notable para la entrega, lo que le faculta para pedir la restitución de la parte de precio satisfecha y renunciar definitivamente a la entrega del inmueble”.

¹⁶³ [RJ\2005\8084].

¹⁶⁴ [RJ\2003\2410178].

¹⁶⁵ [RJ\2004\213389].

¹⁶⁶ REBOLLEDO VARELA, Á. L., “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado... (Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)”, op. cit., pág. 17.

¹⁶⁷ ALONSO BEZOS, J. J., “Compraventa civil. Resolución contractual por incumplimiento esencial, grave y definitivo del promotor. STS núm. 744/2014, de 22 de diciembre de 2014 [RJ\2014\6406]”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015. Editorial Aranzadi, S.A., 2015, [BIB\2015\986].

III. LAS OBLIGACIONES PRINCIPALES

1. LA CONDICIÓN DE GARANTIZAR

Una de las condiciones que la Ley de 1968, y la de 1999 con las modificaciones operadas por el legislador del 2015, fija como de obligado cumplimiento para los promotores o más exactamente, para “las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas,...y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero”, consiste en:

Disposición adicional primera. Uno.1.a) “Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda¹⁶⁸”.

Y “garantizar” es la condición establecida en primer lugar por el legislador, puesto que, como hemos visto anteriormente, en la secuencia temporal, es la primera actuación que ha de realizar el promotor si pretende recibir cantidades anticipadas de los futuros compradores; y ello debido a que sin garantía no podrá abrir la cuenta especial y por consiguiente, tampoco podrá reflejar los datos relativos a la entidad garante y a la cuenta especial (entidad donde se ha contratado y numeración de la misma) en la publicidad, ni en los contratos de compraventa que firme con los adquirentes.

La ley de 1968 pese a que implícitamente establecía dicho planteamiento secuencial, no fijaba, como si lo hace el legislador del 2015, el momento exacto desde cuándo debían garantizarse dichas cantidades mediante cualquiera de las dos opciones previstas, pues concretamente obliga a garantizarlas “...desde la obtención de la licencia de la edificación,...¹⁶⁹”.

¹⁶⁸ Redacción dada por la modificación realizada en la disposición adicional primera por la disposición final tercera de la Ley.... Subrayado el texto coincidente con la redacción anterior sobre la materia (la Ley 57/1968, de 27 de julio con las modificaciones operadas por la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación).

¹⁶⁹ Que no es otra, que la denominada “Licencia de Obras”. Según el artículo 7 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. “Artículo 7. Tipología de licencias urbanísticas.

Tendrán la consideración de licencias urbanísticas las siguientes:

... c) De edificación, obras e instalaciones. Tiene por finalidad comprobar que las actuaciones previstas son conformes a lo dispuesto en la legislación y en el planeamiento urbanístico vigente”.

Tampoco establecía el legislador de 1968, que dicho seguro debía ser un seguro de caución¹⁷⁰. Aunque evidentemente, era el de caución el que venía utilizándose por ser el que servía a los fines pretendidos.

Por último, en la modificación reciente de la LOE, se han introducido dos cambios con respecto a la anterior, que, sinceramente, carecen de sentido y no aportan más que confusión, a saber: una, es la eliminación de la expresión "...por cualquier causa..." que fijaba la ley de 1968¹⁷¹ en relación a que la devolución de las cantidades procederá cuando no se inicie la construcción o se entregue la vivienda en el plazo convenido, al margen de la causa que lo motive; y, la segunda, la coetilla al final del apartado a) introducida recientemente, por el legislador "...para la entrega de la vivienda", que deja el indicado apartado con una redacción un tanto confusa. De todas formas, no creemos que la eliminación indicada obligue a un cambio en la valoración del plazo como un término esencial y objetivo, que explicaremos más adelante.

1.1. CLASES DE GARANTÍAS

Hemos comentado que, efectivamente, los únicos documentos (tanto en el caso de garantía prestada con seguro de caución como con aval solidario) que podrá tener contratados el promotor en el momento de la apertura de la cuenta especial, serán la póliza flotante de seguro de caución y la denominada póliza/línea de avales.

En este momento, lo único posible es que el promotor haya contratado bien póliza global de seguro de caución, bien póliza o línea de aval, puesto que para la emisión de los certificados o avales individualizados, es requisito indispensable conocer el nombre de los adquirentes.

Como veremos, dichos documentos (póliza global de seguro o línea de avales) no constituyen una garantía para el comprador puesto que, simplemente pueden considerarse contratos firmados entre promotor y entidad aseguradora/entidad financiera en los que se establecen acuerdos sobre los importes, límites, primas/comisiones a cobrar y resto de condiciones a aplicar sobre la futura emisión de los certificados/avales individuales; y donde no se incluyen los nombres de los asegurados/beneficiarios, por ser, aún, desconocidos y no ser un dato, por ello, factible de suministrar por el promotor a las entidades garantes.

¹⁷⁰ Sobre el seguro de caución, vid. CORTÉS DOMINGUEZ, L. J., "Póliza flotante y seguro en abono", Real Colegio de España, Bolonia, 1984, páginas 198 y siguientes; TIRADO SUÁREZ, F. J., "El contrato de seguro", en Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones (*Dir.* SÁNCHEZ CALERO), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2ª edición, 2001, pág.1121.

¹⁷¹ Artículo primero. Primera de la Ley 57/1968: "Garantizar la devolución de las cantidades más los intereses legales, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido"

El Tribunal Supremo, lo que analizaremos en capítulos siguientes, desde una perspectiva a nuestro juicio equivocada, considera esta obligación legal del promotor como una obligación esencial de este tipo de contratos de compraventa (en los que el promotor pretenda el percibo de cantidades anticipadas), estableciendo, consecuentemente, que el incumplimiento de la misma por el promotor, abre la vía al comprador para instar la resolución del propio contrato de compraventa.

Dos son las opciones que el legislador concede al promotor para cumplir con la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta al promotor por el comprador a, o durante, la construcción de la vivienda, para el supuesto de que no se inicien las obras o no se entregue la vivienda en los plazos estipulados en el contrato: seguro de caución y aval solidario.

La naturaleza¹⁷² de dichas opciones, aunque similares en cuanto a servir a la finalidad perseguida por el legislador, mantienen diferencias significativas, diferencias, que no parecen ser tenidas en cuenta por el legislador al regular las garantías con más detalle en la última modificación realizada en la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación:

1.1.1 EL SEGURO DE CAUCIÓN

El legislador de la Ley 57/1968 no regulaba nada sobre las peculiaridades que el seguro de caución debía reunir para considerarlo idóneo a los efectos de garantizar las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Así, simplemente mencionaba, en su artículo primero, primera, la obligación de:

“Garantizar la devolución de las cantidades entregadas..., mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros..., para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”.

Dicha ausencia sin embargo, era bien lógica, pues no debe olvidarse que la actividad aseguradora estaba sujeta a autorización administrativa hasta la liberalización del sector con la Ley 33/1984¹⁷³, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado y posteriormente, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Por lo que la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas

¹⁷² Sobre el funcionamiento práctico de los seguros de caución, CARRASCO PERERA, Á., “Régimen jurídico de la edificación...”, op. cit., pág.555 y siguientes; PACHECO JIMÉNEZ, M.N., “Los seguros en el proceso de edificación”, *Editorial La Ley*, Madrid, 2008; MONDÉJAR PEÑA, M.I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas...”, op. cit., páginas 727-728 y SALINAS ADELANTADO, C., “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro”, (coord. BOQUERA, BATALLER, OLAVARRÍA), Valencia, 2002, pág. 144.

¹⁷³ Derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

para su construcción, que desarrollaba parcialmente, entre otra normativa¹⁷⁴, la Ley del 57, ya regulaba las normas de inclusión obligatoria y las condiciones generales a las que debían sujetarse dichos contratos de seguros.

Sin embargo, posteriormente a dicha liberalización muchas pólizas de seguros, si no todas, han seguido incorporando el clausulado fijado por dicha Orden, pese a que se había suprimido la necesaria autorización administrativa de las pólizas, lo que ha originado una extensa discusión doctrinal y jurisprudencial, sobre si dicho contenido era aún de obligada inclusión en las pólizas y si el mismo, podía seguir oponiéndose al adquirente que pretendía ejecutar la garantía prestada mediante contrato de seguro de caución.

Vemos interesante resaltar la conclusión a la que llega CARRASCO PERERA et al¹⁷⁵, por cuanto nos parece la más acertada ya que afirma: “Desde el punto de vista de protección de los consumidores, las únicas condiciones obligatorias que prácticamente le son favorables son la inoponibilidad del impago de la prima y la imposibilidad de resolver retroactivamente los contratos de seguros por pólizas individuales ya emitidas, cuando el promotor incumple sus compromisos con la aseguradora. Consideramos que estas normas son de obligado cumplimiento, aunque con carácter normativo, sin importar si han sido o no recogidas en las pólizas correspondientes. En este punto, el artículo 4 de la Orden debe interpretarse hoy como una norma de protección imperativa mínima, no como un elenco de cláusulas de obligada inclusión en el contrato”.

Y en este sentido parece entenderlo el legislador del 2015, cuando deroga¹⁷⁶ la Orden de 29 de noviembre de 1968 y recoge¹⁷⁷ la parte del contenido de dicho artículo 4 que estima oportuno aplicar a los seguros de caución que pretendan servir para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas en los contratos de compraventa de viviendas.

Veremos más detenidamente el seguro de caución en un capítulo aparte pero sí deberíamos señalar que, con carácter general, la Ley de Contrato de Seguro, lo distingue dentro de la categoría de “seguros contra daños”¹⁷⁸, que son

¹⁷⁴ Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas y el Decreto 3115/1968, de 12 de diciembre, que exceptúa del régimen de la Ley 57/1968, de 27 de julio, de anticipos para su construcción, a Organismos oficiales.

¹⁷⁵ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Derecho de la Construcción y la Vivienda”, op. cit., capítulo XIX “Garantías por cantidades anticipadas en construcción y ventas de viviendas”, páginas 523 y siguientes.

¹⁷⁶ Disposición final tercera. Modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, “Apartado Cuatro. Disposición derogatoria tercera. c)” de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencias de las entidades aseguradoras y re-aseguradoras.

¹⁷⁷ Apartado Dos.1 de la disposición adicional primera de la LOE.

¹⁷⁸ La otra categoría establecida por la LCS, es la de “seguros de personas”. Véase sobre la naturaleza del seguro de caución varias obras y así BARRES BENLLOCH, T., “Seguro de caución: ¿Garantía personal o modalidad aseguradora? Colección *Jurisprudencia Práctica*, 1993, núm. 52; CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Seguro de Caución y beneficio de excusión”, *Revista Española de Seguros*, 1995, núm. 84, páginas 137-147 y PEÑAS MOYANO, M^a J., “Edificación y seguro: modalidades contractuales exigidas como garantías en la L.O.E.”, *Revista*

aquellos en los que la prestación del asegurador consiste en pagar el exacto perjuicio económico sufrido, tras la producción de siniestro, por el asegurado. La LCS define el seguro de caución, con el siguiente tenor¹⁷⁹:

“Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato...”.

Entre las modalidades del seguro de caución, según el propio artículo recogido, podemos encontrar, las de origen legal y las de origen contractual.

Entre los seguros de caución de origen legal, se encuentra el seguro de caución para el afianzamiento de las cantidades anticipadas para viviendas, ahora regulado por la Ley 30/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su disposición adicional primera modificada exhaustivamente en julio del año 2015. Junto a él, los restantes seguros de caución de origen legal, son los recogidos en el articulado de la Ley de Ordenación de la Edificación que estipula varias modalidades de seguros de caución¹⁸⁰ para responder de los distintos fallos en la edificación (por ello, es lógico la derogación de la Ley 57/1968 de 27 de julio y la inclusión del contenido de la misma en la LOE. Más discutible será si es correcto regularlo a través de una disposición adicional de la misma); así como el seguro de caución a favor de la Administración Pública que se regula en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados¹⁸¹ y en el artículo 96.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Desde el punto de vista jurídico, el seguro de caución se configura, pese a su similitud con la fianza y con el seguro de crédito, como un contrato de seguro en beneficio del acreedor, al que se considera en el contrato como asegurado, que es el verdadero titular del interés. El deudor, el tomador del seguro, es quien concierta la póliza a favor del acreedor, por lo que se configura como un seguro por cuenta ajena.

En los contratos de seguro de caución se hace depender de la libre apreciación del asegurado, la existencia del incumplimiento que determina el siniestro. Esta configuración, se completa con un deber *cuasi*-automático del pago por parte del asegurador ante el simple requerimiento del asegurado, lo que permite aproximar el seguro de caución al campo de las garantías abstractas o

española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados, 2002, núm. 110, páginas 145-186.

¹⁷⁹ El seguro de caución está definido en el artículo 68, sección 6ª del Título II.- Seguros contra daños de la LCS.

¹⁸⁰ Artículo 19 LOE, también recientemente modificado por la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencias de las entidades aseguradoras y re-aseguradoras.

¹⁸¹ Disposición adicional segunda. TR vigente hasta el 01 de Enero de 2016, en que dicho seguro de caución a favor de las Administraciones Públicas, se regulará por la disposición adicional decimotercera de la Ley 20/2015.

independientes (frecuentes en el comercio internacional). El legislador del 2015, recoge bastantes de las condiciones generales de inclusión obligatoria que la Orden de 29 de noviembre de 1968, recogía como tales, para los seguros de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción y, entre ellas, la tan discutida obligación del adquirente de requerir, previamente a la reclamación al garante, "...de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades..." y la de que el asegurador no podrá oponer al adquirente, entre otras excepciones que puedan corresponderle frente al tomador del seguro, la de "...la falta de pago de la prima por el promotor..." para evitar el pago del seguro.

Para finalizar, en no pocas ocasiones a lo largo de las distintas sesiones de investigación y análisis de la doctrina más destacada, hemos detectado una serie de dudas sobre la conveniencia o no de dirigir las reclamaciones en relación a diversos incumplimientos relacionados con la materia que regula la norma objeto de estudio a aquel Servicio que, con asiduidad, atiende todo tipo de reclamaciones dirigidas frente a entidades aseguradoras. Vemos importante, aportar un granito de arena esclareciendo que dicho Servicio de Reclamaciones no tiene competencia al respecto, sino que la misma la poseen los propios tribunales de Justicia:

- El Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones no resulta competente para conocer mediante el procedimiento de protección administrativa de los clientes de servicios financieros, las reclamaciones sobre contratos de seguro de caución suscritos por un promotor de viviendas, puesto que el artículo 1.1.c) del Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros¹⁸², excluye de dicho procedimiento a los contratos de grandes riesgos¹⁸³.

- No obstante, los servicios de atención al cliente o, en su caso, el Defensor del Cliente de las entidades aseguradoras sí están obligadas a atender las reclamaciones que se presenten sobre estos seguros.

- Igualmente, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones puede atender las consultas que se planteen sobre este asunto, si bien ya al margen del procedimiento específico de protección de los clientes de servicios financieros.

1.1.2 EL AVAL SOLIDARIO

La Ley 57/1968 también ofrecía la posibilidad de garantizar dichas cantidades con aval y en el mismo artículo primero, primera en que recogía la posibilidad de hacerlo mediante seguro de caución:

¹⁸² Aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

¹⁸³ Según el artículo 107.2 de la LCS, el seguro de caución se encuadra dentro de los seguros de grandes riesgos.

“Garantizar la devolución de las cantidades entregadas..., por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”.

El legislador del 2015 cambia sutilmente la redacción como analizaremos más adelante.

El aval bancario no está regulado como una figura distinta de la fianza, por lo que, atendiendo a las características del fiador, nos encontraríamos ante una fianza mercantil¹⁸⁴, por el que la entidad de crédito se obliga a pagar por un tercero (en caso de que el deudor principal no lo haga).

Al tratarse de una fianza mercantil, numerosa doctrina y jurisprudencia considera inherente la solidaridad de la misma. En cualquier caso, el aval al que remite el legislador como válido para garantizar las cantidades anticipadas, es un aval solidario, lo que implica que la entidad de crédito, no gozaría de los derechos de orden, excusión y división.

No debe olvidarse, pese a dicha solidaridad, que el aval, al tener la naturaleza de fianza, ha de considerarse su naturaleza accesoria de la obligación principal, ya que en ausencia de dicha obligación o ante su cumplimiento, se produciría la extinción de la fianza¹⁸⁵.

Aunque será objeto de análisis en capítulos siguientes debemos manifestar que, sin duda, el aval recogido en la norma constituye un aval con peculiaridades propias y así lo ha dejado de manifiesto la doctrina en palabras de DOMÍNGUEZ ROMERO¹⁸⁶ que afirma que “...el aval que se presta no es un aval ordinario sino especial, por cuanto que el garante se somete expresamente a la Ley 57/1968 al constituirse dicho aval, es decir, el banco o caja de ahorros avala el cumplimiento de lo dispuesto en dicha norma, de manera que habrá de pasar por la devolución de las cantidades entregadas más...el interés legal en caso de que la construcción no llegue a buen fin”.

¹⁸⁴ Prestado dentro de las actividades propias de la entidad de crédito, en el tráfico mercantil.

¹⁸⁵ Sobre avales véase a CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores par cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas”, *Otrosí (Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*, octubre 1995 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, op. cit.

¹⁸⁶ DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968...”, op. cit. El autor hace referencia a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 2002, que vino a justificar la viabilidad del aval como mecanismo de garantía, tras la modificación de la norma por la ya mencionada disposición adicional primera de la LOE en el año 1999. Dicha sentencia integraba al aval dentro de los contratos de préstamo de firma y así sentenciaba: “Dentro de lo que más recientemente la doctrina mercantil califica como contratos de “préstamo de firma” se encuentra el aval bancario. Estos “préstamos de firma” son negocios jurídicos de mediación en la concesión de créditos por los que bancos y cajas de ahorros garantizan los compromisos de sus clientes sin adelantar fondos. El aval es, en definitiva, una modalidad del contrato de afianzamiento, o fianza mercantil en virtud de la cual una entidad bancaria (avalista) garantiza el cumplimiento de una obligación contraída por su cliente (avalado) respecto de un tercero (beneficiario). Regulado en los artículos 439 a 442 del Código de Comercio y más específicamente en el artículo 17.4 de la Ley Orgánica de Comercio Minorista, presenta dos características formales, una la necesidad de que se haga por escrito y la otra en que se inscriba en el Registro Especial del Banco de España”.

Igualmente ESTRUCH ESTRUCH¹⁸⁷ recoge sus peculiaridades afirmando que “...el aval en garantía de la devolución de las cantidades anticipadas...no puede contener las menciones que libremente quieran establecer las partes...el contenido del mismo está establecido de modo imperativo por una Ley dictada en protección de terceras personas (los compradores que sean consumidores) y, por lo tanto, dicho contenido debe imponerse a la autonomía de la voluntad”

En cualquier caso, la regulación que hace el legislador del 2015 de esta modalidad de garantía, aunque será analizado con más detenimiento, no es muy acertada por cuanto exige para poder ejecutar esta garantía solidaria, que el beneficiario-adquirente de la vivienda, realice, previamente, un requerimiento al avalado-promotor, solicitando la devolución de las cantidades, lo que en sí mismo, va contra la naturaleza solidaria del aval y por cuanto, la mención sobre la duración mínima de la vigencia de dicha modalidad de garantía, no es clara, lo que no ocurre cuando regula el seguro de caución, lo que obligará a interpretaciones diversas por los operadores judiciales, causando indefensión a las entidades garantes.

Nos parece igualmente oportuno, aclarar en cuanto a la competencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España para atender reclamaciones sobre el cumplimiento de la normativa especial reguladora de los avales por entregas a cuenta del precio de adquisición de viviendas, que dicho Servicio no es competente, puesto que no constituye materia de supervisión y disciplina de las entidades de crédito, limitándose su intervención a la valoración de la observancia o no por parte de aquellas entidades, de las normas sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y/o de las buenas prácticas financieras. Serán por tanto competentes, los tribunales de justicia¹⁸⁸.

Una última aclaración sobre una certeza también cuestionada en relación con el antiguo Registro Especial de Avales del Banco de España:

“...el Banco de España no lleva un registro centralizado de avales y garantías. Dicho Registro Especial, creado por la derogada Circular del Banco de España a la Banca Privada nº 172, de 13 de julio de 1979, debe ser llevado por las propias entidades de crédito, que inscribirán en el mismo todos los avales y garantías emitidos por ellas, y se regula actualmente en la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre, norma septuagésima tercera, 1.¹⁸⁹”

¹⁸⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades...2, op. cit., pág. 166.

¹⁸⁸ Memoria del Banco de España del año 2008. Página 68.

¹⁸⁹ Memoria del Banco de España del año 2008. Página 70.

1.2. ALCANCE DE LAS GARANTÍAS

Las garantías legales previstas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre¹⁹⁰, no protegen al adquirente frente a cualquier incumplimiento del promotor, sino exclusivamente frente a los descritos en el apartado Uno.1.a) de la disposición adicional primera "...para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda".

VERDERA SERVER¹⁹¹ concluye que, "...en consecuencia, no se garantiza con esas medidas el incumplimiento consistente en vicios de construcción o defectos de calidad de la vivienda; o en la entrega de la vivienda afectada por una anotación de embargo o una hipoteca; y tampoco garantiza la restitución de cantidades cuando el contrato se resuelve por causas distintas a las previstas legalmente".

Aclarado este punto en un apartado anterior, conviene adentrarnos en qué cantidades han de garantizarse; qué condicionantes, si los hay, exige el legislador a dicha entrega, esto es, forma en que ha de hacerse la misma y por qué vía; así como cuándo se entiende que se produce el incumplimiento y en qué debe consistir, para que se genere el derecho a ejecutar aquellas.

1.2.1 LAS CANTIDADES QUE HAN DE GARANTIZARSE

Reiteradamente menciona la Ley de Ordenación de la Edificación en su disposición adicional primera, cuáles son las cantidades que han de garantizarse y así establece:

En el apartado Uno.1.a) al hablar de la obligación de garantizar, indica que lo que se debe garantizar es "...la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales...".

En el apartado Uno.2 dedicándole este apartado en exclusiva para dar mayor claridad "La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero".

En el apartado Dos.1.b) al enumerar los requisitos que debe cumplir un seguro de caución para que pueda servir de garantía: "La suma asegurada incluirá cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato..., incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero...".

En el apartado Dos.2.a), al enumerar, también para el aval, los requisitos que debe cumplir para que pueda servir de garantía: "...por la cuantía

¹⁹⁰ En el mismo sentido la Ley 57/1968.

¹⁹¹ VERDERA SERVER, R., "Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1968", op. cit., pág. 981 y en este sentido también CARRASCO PERERA, Á., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción", op. cit., páginas 531-532, 541 y 549.

total de las cantidades anticipadas en el contrato..., incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero...”.

También reitera la Ley la enumeración de esos tres importes (cantidades anticipadas, impuestos incluidos e intereses legales: que serán a los que tendrá derecho el adquirente al que el promotor no le haya entregado la vivienda o cuando aquel no haya iniciado la obra en plazo), a lo largo de toda la disposición cuando se refiere: a las cantidades que podrá reclamar el adquirente a la entidad aseguradora (apartado Dos.1.h), a la entidad avalista (apartado Dos.2.b), al referirse a la información contractual (apartado Tres. a)) y por último, cuando regula la ejecución de las garantías (apartado Cuatro).

Insiste el legislador en que dicho concepto quede claro, así que veremos por separado estas cantidades, pero antes hemos de detenernos en qué importe debe ser garantizado y en qué momento, centrándonos para ello en el apartado Tres a) *in fine* de la DA de la LOE.

Establece el legislador que en el momento del otorgamiento del contrato con el adquirente, el promotor, hará entrega a aquel del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio. La mención a las cantidades “...que han de ser...” anticipadas, a nuestro juicio, no es muy acertada.

En algunos casos, en el momento de la firma, es posible que el adquirente realice un pago por el total de las cantidades anticipadas (o bien firme en el momento del otorgamiento cualquiera de los efectos de comercio, que a continuación analizaremos, por el importe total a anticipar), en cuyo caso, el importe que garantizará la garantía (seguro o aval) serán las cantidades “que han sido anticipadas” y no las “...que han de ser anticipadas...”; en otros casos en que se acuerde que el pago se realizará mediante transferencias periódicas, lo lógico hubiera sido establecer que la garantía individualizada, se irá entregando “por las cantidades efectivamente anticipadas”, teniendo así en su poder el adquirente, tantos certificados individuales como aportaciones se hayan pactado desde el momento en que efectivamente las haya anticipado.

Sin embargo, al establecerse dicha forma: emitir la garantía individualizada, en el momento del otorgamiento, por el importe “que ha de ser anticipado”, se haya anticipado aún o no, el legislador obliga, aún antes de que el adquirente haya efectivamente entregado la totalidad de las cantidades, a que el garante haya de emitir (y el promotor hacer frente al gasto que supone poner en circulación todo el riesgo), el documento individualizado por el total de las cantidades que en el futuro, se entregarán, o no (puesto que cabe dicha opción¹⁹²), por el adquirente.

¹⁹² Como hemos visto en capítulos anteriores, podría ocurrir que se resolviera anticipadamente por otras causas el contrato, con el consiguiente perjuicio doble para el promotor, quedarse sin el comprador y haber pagado el importe cobrado por la entidad garante (aseguradora o crediticia), por la emisión del certificado individualizado de la garantía por el importe total que se pactó como cantidades “que habían de anticiparse”.

Ello obliga igualmente al adquirente a tener que acreditar que cantidades fueron aportadas realmente, pues en ningún caso serán objeto de indemnización, aquellas cantidades cuya entrega no sea acreditada pese a haberse incluido en la suma asegurada (regulado en el apartado Dos.1. i)), al hablar de la garantía prestada por seguro de caución.

Se echa en falta, pues el legislador no lo incluye, un apartado en el mismo sentido cuando regula la garantía prestada por un aval solidario, puesto que también en relación a este tipo de garantía, la Ley exige que debe emitirse el aval individualizado por la cuantía total de las cantidades que han de anticiparse, desde el otorgamiento del contrato; sin que ello suponga, creemos, que el legislador estuviera regulando la posibilidad de la emisión individualizada de tantos avales como entregas anticipadas se realicen, en el momento en que se realicen y por el importe efectivamente anticipado en cada entrega.

Esto se debe, como analizaremos más detenidamente en los capítulos del seguro de caución y de los avales, a un manifiesto error del legislador, al tratar de regular como si de una sola se tratara, garantías que, si bien tienen ciertas similitudes y ambas sirven a la finalidad perseguida por el legislador, tienen por el contrario, distinta naturaleza y unas peculiaridades de su régimen jurídico propio tanto para la contratación, el funcionamiento y la ejecución de las mismas.

A. LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

Mencionaba indistintamente la Ley de 1968, que la garantía debía cubrir la devolución de: “cantidades entregadas”¹⁹³, “cantidades anticipadas”¹⁹⁴ o “cantidades percibidas”¹⁹⁵ o, como hemos visto en el apartado anterior, las “cantidades que han de ser anticipadas” sin que en ningún caso entrara a diferenciar en qué forma debían realizarse dichas entregas: en efectivo, por ingreso, etc.

Ello, suponía una carencia de la Ley 57/1968, toda vez que en la práctica, era habitual que en el momento del otorgamiento del contrato, el comprador firmara una serie de letras de cambio, con diferentes vencimientos, aceptando dicha forma de pago al promotor-vendedor; lo que originó la duda de si la garantía debía emitirse por el total de cambiales aceptadas o no, en la medida en que hasta el vencimiento de la letra de cambio, el comprador no debía pagar a su tenedor legítimo la cantidad representada por la letra. En estos supuestos, sin duda alguna, debe garantizarse el importe total de dichas letras, desde el otorgamiento del contrato, puesto que, el comprador, se compromete a su pago, de forma irrevocable y abstracta, desde la firma de las mismas o lo que es lo mismo, desde su aceptación.

¹⁹³ Artículo primero. Primera, de la Ley 57.

¹⁹⁴ Artículo primero. Segunda, de la Ley 57.

¹⁹⁵ Artículo segundo. a), de la Ley 57.

A ello, además, se añade que, en la práctica totalidad de los supuestos, el promotor-vendedor, descuenta dichas letras, viniendo el comprador obligado al pago al vencimiento, al legítimo tenedor de las mismas, sin poder oponer excepción alguna.

Resaltar la decisiva aportación que al respecto realiza CARRASCO PERERA¹⁹⁶, cuando señala la importancia de la mención en la norma a fin de que ni asegurador, ni promotor, para el supuesto en que las cambiales aún no hubieran vencido, pueda el comprador ejecutar la garantía por el importe total de las mismas puesto que "...en el momento de la reclamación de las cantidades, el promotor o el asegurador no podrá oponer que los pagos todavía no se han realizado, merced a la aplicación del artículo 1170.2º del Código Civil, y que por ello nada hay que devolver".

La modificación operada por el legislador de 1999 fue acertada puesto que se incluyó expresamente que la garantía "...se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario..."¹⁹⁷, con las matizaciones realizadas en capítulo anterior.

Actualmente el legislador ha optado por extenderlo tanto a las "...cantidades o los efectos comerciales". Dicha mención, volvemos a incidir, la realiza de forma no acertada, puesto que la incluye únicamente en el apartado relativo a la garantía prestada mediante seguro de caución (en el apartado Dos, 1.a)) y no se hace referencia a ello, al regular la prestada por aval solidario.

También, como no podía ser de otra forma, en dichas cantidades se deben incluir los impuestos aplicables, puesto que, en puridad, son cantidades también anticipadas por el adquirente, que es lo que se pretende garantizar, a saber, todo el desembolso que el comprador haya debido realizar con carácter anticipado. Aspecto indiscutible y bien refrendado por las distintas resoluciones judiciales y en concreto, con gran claridad por la Sentencia de 16 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Alicante al dictar que:

"...la norma legal que regula esta garantía a favor del comprador, expresa que el objeto de la devolución son las cantidades entregadas sin ninguna exclusión. Las alegaciones efectuadas por la demandada-reconviniente acerca de la exclusión del IVA en atención a la regulación sobre la repercusión y devolución de ese impuesto se rechazan ante la contundencia del tenor literal del contrato. Otra cosa distinta será la comunicación de las partes a la Agencia Tributaria de las consecuencias de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en la declaración que realizaron del IVA en el ejercicio correspondiente..."

En conclusión, las cantidades podrán ser entregadas:

¹⁹⁶ CARRASCO PERERA, Á., "Percepción de cantidades a cuenta...", op. cit., págs. 533.

¹⁹⁷ Disposición adicional primera b) de la LOE, en su redacción dada el año de su aprobación.

1.- Mediante transferencias, forma poco habitual en la práctica o cayendo en desuso; principalmente por la conveniencia de los promotores.

2.- Mediante “efectos de comerciales o de comercio”.

Se consideran efectos de comercio y circulan en el ámbito bancario como tales según esquema de ROBLES ÉLEZ-VILLARROEL¹⁹⁸:

a) Las letras de cambio: Deben estar expedidas en formulario oficial.

b) Los recibos: No tienen formato oficial, si bien han sido normalizados por las entidades bancarias. Modelo que debe respetarse para que sean compensables, es decir, admitidos por el Sistema Nacional de Compensación Electrónica. No tienen por qué expedirse en papel y pueden circular en forma exclusivamente electrónica, con arreglo a las normas del folleto 32 de la AEB sobre efectos de clientes a bancos en soporte magnético.

c) Los pagarés cambiarios: tampoco tienen un modelo oficial, por lo que las entidades bancarias han normalizado un documento similar a la letra de cambio, pero con las características del pagaré. Al ser un documento cambiario debe expedirse en papel pues la normativa reguladora no ha autorizado su emisión electrónica.

d) Los pagarés de cuenta corriente: Son también pagarés cambiarios. La distinción en la denominación deriva de la forma en que se emiten, la cual es bastante similar a los cheques, apareciendo preimpreso en el documento la domiciliación bancaria (la cual también aparece en los caracteres magnéticos del mismo).

e) Documentos no normalizados. El tratamiento de estos documentos se suele realizar como recibos, y para que puedan circular por el sistema bancario, las entidades los incluyen como efectos de comercio e incluso como domiciliaciones, truncando el documento. Es muy conveniente ceñirse a emitir alguno de los documentos antes indicados (documentos normalizados) para ahorrar costes y asegurarse de que la gestión es la que se deriva del documento emitido.

3.- El efectivo al que hacía mención la disposición adicional en la redacción dada en el año 99, ya no es aceptable en virtud de la prohibición expresa recogida en la Ley 7/2012, de 29 de octubre, sobre prevención del fraude fiscal¹⁹⁹.

¹⁹⁸ ROBLES ÉLEZ-VILLARROEL, J. F., “Las 100 cuestiones esenciales sobre la práctica de los medios de pago”, *Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias*, 2003.

¹⁹⁹ Artículo 7. Limitaciones a los pagos en efectivo.
Uno. Ámbito de aplicación.

B. LOS INTERESES LEGALES:

Su naturaleza y Devengo

Ya comentamos en el capítulo anterior que otra de las carencias de la Ley 57, era que en el año de la promulgación de la Ley, el interés que debía sumarse al importe de las cantidades anticipadas que debían ser devueltas, era del 6%, interés menor que el interés legal del dinero y que, posteriormente, cuando ve la luz la Ley de Ordenación de la Edificación, la cual, mediante su disposición adicional primera, modificaba dicho interés del 6% por el legal del dinero, éste, era sensiblemente más bajo que ese 6% inicialmente establecido por el legislador de 1968²⁰⁰.

En este sentido, muchos autores²⁰¹ entendían que, al ser el interés, que debía devolver el promotor, del 6%, cuando dicho interés era menor que el interés del dinero y al establecerse, sin embargo, el interés legal del dinero por el legislador de 1999, cuando éste era menor que el 6% establecido al principio, parecía a todas luces que el legislador estaba premiando al vendedor por incumplir el contrato en perjuicio del comprador que realizó puntualmente su prestación; sin embargo, pese a dicha realidad, esto es, que el vendedor en última instancia ha sido el gran beneficiado de dichos cambios producidos en la evolución del interés legal del dinero, el legislador, como hemos anticipado en capítulos anteriores, no pretendió este resultado en absoluto, sino más bien el contrario²⁰².

1. No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.

No obstante, el citado importe será de 15.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional.

2. A efectos del cálculo de las cuantías señaladas en el apartado anterior, se sumarán los importes de todas las operaciones o pagos en que se haya podido fraccionar la entrega de bienes o la prestación de servicios.

3. Se entenderá por efectivo los medios de pago definidos en el artículo 34.2 de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

4. A efectos de lo dispuesto en esta ley, y respecto de las operaciones que no puedan pagarse en efectivo, los intervinientes en las operaciones deberán conservar los justificantes del pago, durante el plazo de cinco años desde la fecha del mismo, para acreditar que se efectuó a través de alguno de los medios de pago distintos al efectivo. Asimismo, están obligados a aportar estos justificantes a requerimiento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

5. Esta limitación no resultará aplicable a los pagos e ingresos realizados en entidades de crédito.

²⁰⁰ Para las viviendas de protección oficial, dicho interés se aplicaba, desde la entrada en vigor del Decreto 2114/1968, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio y 3964/1964, de 3 de diciembre, que en su artículo 114.4^a b) que establecía: "Aval suficiente o contrato de seguro que garantice la devolución del importe de las cantidades recibidas, más los intereses legales correspondientes, en caso de no obtener la calificación definitiva o no terminar las obras dentro del plazo fijado en la calificación provisional o en la prórroga reglamentariamente concedida.

²⁰¹ Entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las garantías del comprador...", op. cit., págs. 28 y 29 y ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades...", op. cit., pág. 216.

²⁰² Es interesante resaltar la interpretación que realiza al respecto, DOMÍNGUEZ ROMERO, J., "Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio...", op. cit., afirmando que "...sin embargo la LOE sólo habla de contrato de seguro, de

Sin embargo, ahora haremos hincapié en resaltar dos aspectos relevantes de dichos intereses: Su naturaleza y el devengo de los mismos.

La doctrina es unánime en este sentido, como también lo son, los órganos judiciales, aseverando que al establecerse por el legislador, que los mismos se pagarán con efectos retroactivos, a partir de la fecha en que se adelantaron las cantidades, no se trata de intereses moratorios, sino remuneratorios del capital entregado.

Así, la sentencia de 30 de diciembre de 1999²⁰³, entre otras, de la Audiencia Provincial de Málaga se pronuncia sobre "...la uniforme calificación jurisprudencial de dichos intereses, que han de ser objeto de aseguramiento, como intereses remuneratorios del capital asegurado"

Compartimos también, que la referencia al tipo de interés legal del dinero, ha de ser interpretada como un mínimo fijado por el legislador pero que en nada obstaculiza a que las partes contratantes puedan pactar un interés más elevado al fijado por la Ley. No existe, a nuestro juicio, inconveniente alguno para ello y, en palabras de ESTRUCH ESTRUCH²⁰⁴, "Las partes contratante pueden pactar que las cantidades entregadas por el comprador producirán intereses superiores a esta cifra. Este pacto es perfectamente lícito pues no perjudica los derechos irrenunciables del comprador".

Sin embargo, no compartimos la resolución del Alto Tribunal, en un supuesto en que se había recogido en el aval un interés del 6%. Es cierto que las partes pueden pactar un interés mayor pero en el contrato de compraventa, entre promotor y adquirente; careciendo de lógica que se aplique ese mayor interés cuando se ha pactado, seguro equivocadamente, entre promotor y entidad garante.

El Tribunal Supremo, en dicha Sentencia de 30 de abril de 2015 [RJ\2015\2017], afirmaba:

"...el interés pactado (1255 del Código Civil) fue el 6% estando ya en vigor la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/99, que aunque tiene un carácter, también preceptivo, lo es respecto de un tipo mínimo exigible, no impidiendo que la voluntad de las partes, de la que no participó el tercero beneficiario, pacten un interés superior, de modo que los avales individualizados no pueden desdecir las condiciones pactadas en el contrato principal del que traen causa..." y continuaba,

donde se colige que esa modificación en cuanto a los intereses sólo afectará a lo establecido en la Ley 57/1968 cuando la modalidad escogida para garantizar las cantidades anticipadas sea el contrato de seguro. Esto es, si la garantía se presta por medio de aval, el interés será el 6% anual (artículos 1 a 3 Ley 57/1968); mientras que si se contrata seguro para garantizar la devolución, el interés será el legal (D.A. 1ª LOE)... y justificándolo en que la LOE de 1999, no había derogado el aval como mecanismo de garantía y en que el aval recogido en la Ley 57/1968, reviste una categoría de "aval especial". Todo ello, no hace sino redundar en la gran confusión que originó dicha modificación sobre la Ley 57/1968.

²⁰³ SAP Málaga, [AC\1999\8454].

²⁰⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit., pág. 220.

“No siendo admisible, a mayor abundamiento, la novación extintiva alegada por la parte recurrente, pues aparte de faltar el pacto expreso de dicho alcance extintivo...no habría una absoluta incompatibilidad dada la delimitación de mínimos que prevé la citada Disposición Adicional. En todo caso, se pudo pactar de otra forma y no se hizo así, sin culpa alguna del comprador o beneficiario de la garantía”.

En cuanto al devengo de los intereses, hemos de indicar que la delimitación del *dies a quo* siempre ha estado clara de forma invariable, pese a que la Ley de 1968 no lo establecía expresamente, por las interpretaciones de los órganos judiciales:

La Audiencia Provincial de Alicante²⁰⁵ se pronuncia así: “El «dies a quo» del plazo del devengo del interés legal será la fecha en que se realizaron los pagos a cuenta en cada uno de los contratos de compraventa...”.

Excepcionalmente, algún juzgado, de forma aislada sentenciaba que de conformidad con lo establecido en los artículos 1101 y 1108 del Código Civil, que los intereses se devenguen desde la fecha de interpelación judicial. Sin embargo, dicha interpretación siempre ha sido corregida, cuando excepcionalmente se ha dictado, por las Audiencias Provinciales correspondientes en la línea de establecer que “La consideración de los intereses...como intereses remuneratorios del capital asegurado, determina que, una vez que el deudor incurre en mora, hayan de pagarse con efectos retroactivos a partir de la fecha en que se adelantaron las cantidades²⁰⁶”.

Finalmente, se introduce indubitadamente en la reciente modificación de la disposición adicional primera de la LOE, fijando expresamente el «*dies a quo*»: “...desde la entrega efectiva del anticipo...”²⁰⁷.

En cuanto a la fijación del «*dies ad quem*», si bien la disposición adicional primera de la LOE, en su letra c) fijaba que: “La devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes, hasta el momento en que se haya efectiva la devolución” y en base a ello se procedía al cálculo de los intereses, el legislador del 2015, al establecer los breves plazos para requerir al promotor y en caso de no obtener la devolución, dirigirse a la entidad garante, cambia dicho «*dies ad quem*», regulando que el devengo será hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda:

“...hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor...”²⁰⁸.

²⁰⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 16 de noviembre de 2006 [JUR\2007\227005].

²⁰⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 30 de diciembre de 1999 [AC\1999\8454], entre otras.

²⁰⁷ Apartado Dos.1.b) cuando regula la garantía prestada mediante seguro de caución; y Apartado Dos.2.a), cuando regula la prestada mediante aval solidario.

²⁰⁸ Apartado Dos.1.b) cuando regula la garantía prestada mediante seguro de caución; y Apartado Dos.2.a), cuando regula la prestada mediante aval solidario.

Sin embargo, el legislador vuelve a errar al mencionar únicamente como *<dies ad quem>* aquel previsto para la entrega de la vivienda, no recogiendo la posibilidad de la fecha de inicio de las obras, lo que obligará, en el supuesto concreto, a una labor interpretativa de los órganos judiciales.

1.3. CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Establecía la Ley 57/1968, de 27 de julio, en su artículo cuarto, lo siguiente:

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

La Ley de Ordenación de la Edificación, igualmente, en el apartado Cinco de la disposición adicional primera, regula:

“Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto que si el adquirente rehusara recibir la vivienda”.

Ambas leyes prácticamente vienen a recoger la misma posibilidad de dar por canceladas las garantías prestadas cuando se produzcan dos hechos de forma conjunta, esto es:

- a) Que se haya expedido la cédula de habitabilidad.

Al respecto, la LOE, amplía el texto, incluyendo las diferentes denominaciones del documento administrativo que faculta para ocupar la vivienda, con la finalidad de dar cobertura a la diferente normativa imperante en las distintas Comunidades Autónomas.

En puridad, la licencia de ocupación tiene por objeto específico comprobar que el uso previsto para un edificio, o parte del mismo, es conforme a la normativa y a la ordenación urbanística de aplicación y la Cédula de Habitabilidad se emite una vez comprobado que el edificio cumple las condiciones de habitabilidad necesarias para ser destinado a morada humana.

En algunas CCAA (las que han asumido competencias en materia de viviendas de conformidad con lo dispuesto en los artículos

148.1.3º y 149.3º de la CE), han refundido las dos finalidades eliminando la cédula de habitabilidad y dejando la licencia de ocupación exclusivamente, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁰⁹.

b) Que el promotor acredite la entrega de la vivienda.

En relación a la cancelación de las garantías, es determinante conocer cuándo ha de entenderse como factible dicha cancelación, lo que analizamos a continuación y para lo nos parece importante recoger la siguiente afirmación de CARRASCO PERERA²¹⁰:

“Las garantías prestadas se cancelarán cuando se otorgue la cédula de habitabilidad y se acredite por el promotor la entrega de la vivienda (artículo 4 de la Ley 57/1968). En las Comunidades Autónomas en las que la cédula de habitabilidad haya sido suprimida..., su función la desempeñará la licencia de ocupación... Pero se exige, además, que se produzca la entrega efectiva de la vivienda, entendida ésta como la entrega de llaves, sin que baste la tradición instrumental. Tampoco en las VPO bastará la calificación definitiva si no se ha producido la entrega efectiva de las viviendas”.

Evidentemente, ambas exigencias son lógicas desde la argumentación ya reiterada del contenido del concepto de “entrega” de vivienda, que no solo exige que exista entrega efectiva, entendida como entrega de llaves, y con la sola tradición instrumental, sino que además requiere que se realice apta para su uso, tal y como se certifica con la expedición del documento administrativo por el órgano administrativo competente²¹¹.

Aunque es un tema al que volveremos en los capítulos concretos de las garantías (seguro de caución y aval solidario), es importante establecer una importante diferenciación terminológica.

²⁰⁹ El artículo 27 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, (Boja 7/4/2010. Entrada en vigor “al mes siguiente de su publicación”), en lo relativo a la aportación de la licencia de ocupación o utilización, establece:

“Requisitos para la formalización e inscripción de los actos de edificación.

1. Sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso:

a. La aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización.

Desde el punto de vista sustantivo, la utilización de toda edificación requiere licencia de “ocupación” (si el uso previsto es el de vivienda), pues así lo exige el artículo 7.d y 8.e del RDUA.

Desde el punto de vista registral:

El registrador debe exigir licencia de ocupación para inscribir edificaciones.

COMENTARIO anterior, obtenido de la página web: www.notariosyregistradores.com

²¹⁰ CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta...”, op. cit., páginas 471-472. En esta línea también CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, op. cit.

²¹¹ Tampoco en las VPO bastará la calificación definitiva, si no se ha producido la entrega efectiva de las viviendas.

Es habitual, en los contratos de fianza, fijar una fecha de vencimiento de la garantía, lo que no impide exigir su cumplimiento una vez transcurrida dicha fecha, ni tampoco fijar situaciones o motivos concretos por los que la garantía se entenderá cancelada:

El plazo de la garantía (o fecha de vencimiento), hace referencia a la efectividad o eficacia de la misma, esto es, la fianza alcanza a todas las obligaciones que nazcan antes de ese plazo, aunque su exigibilidad sea posterior. En nuestro caso, el incumplimiento deberá haberse producido durante el plazo en el cual la garantía estaba aún vigente.

El plazo de caducidad, supone fijar una fecha cierta a partir de la cual cesa toda responsabilidad para el fiador por razón de la garantía prestada, que deberá hacerse constar de forma expresa.

Cuestión muy distinta es, la posibilidad de cancelación de las garantías, aún antes de cualquiera de los dos plazos anteriores, bien porque se ha cumplido la obligación garantizada, bien porque se entrega una documentación (verbigracia, en los avales suele incluirse dicha posibilidad con la entrega del propio documento de aval original entregado al beneficiario), o cualquier otro motivo fijado por las partes.

En el caso que nos ocupa, es claro que se debe producir la cancelación de las garantías cuando se acredita por el promotor la entrega de la vivienda junto con la expedición de cédula de habitabilidad o documento que corresponda, pues carecería de sentido seguir manteniendo la garantía una vez que la obligación principal que garantiza se ha cumplido o dicho de otra forma, cuando se constata que el incumplimiento de la obligación principal ya no es posible, con lo que el mantenimiento de la garantía, en tanto que accesoria de aquella, carece de sentido.

Sin entrar detenidamente en las resoluciones dictadas según la normativa anterior, ni en las valoraciones realizadas al amparo del artículo 7 de la ya derogada Ley del 57, que establecía que: “Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables”, en virtud del cual por algún sector doctrinal, entre los que destacamos a ESTRUCH ESTRUCH²¹², se concluía que “...hasta que no llegue el momento de la cancelación de las garantías establecido en el artículo 4 de la Ley 57/1968,...se mantendrá de modo imperativo la vinculación de la entidad garante frente a la obligación de devolución del dinero entregado anticipadamente, y ello con independencia de lo que hubieran pactado en el contrato de fianza (aval) o seguro la promotora-vendedora-avalada o tomadora de seguro y la entidad de créditos avalista o compañía aseguradora”, o que “...lo cierto es que el artículo 7º de la misma ley establece que “los derechos que la presente ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables”, especialmente en lo referido al establecimiento de un

²¹² ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 206. CHAMORRO POSADA, M., en “Las entidades de crédito...”, op. cit., afirma en este sentido que “...la entidad de crédito, para aceptar la devolución del aval por el promotor, deberá exigirle la cédula de habitabilidad y copia de las escrituras de compraventa de cada una de las viviendas a favor de todos los que ingresaron”; evidentemente se está refiriendo a la línea de avales y no al aval en sí, puesto que cada aval se hace por cada vivienda-adquirente.

plazo de validez...²¹³”; debemos concluir, que, en virtud de la supresión de dicho artículo y de lo regulado por el legislador del 2015:

1º.- Con respecto al seguro de caución²¹⁴:

a) Plazo de la Garantía.

El seguro de caución tendrá una duración que “...no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas...²¹⁵”.

b) Plazo de Caducidad.

En la medida en que remite a la aplicación de la Ley de Contrato de Seguros “...en todo lo no específicamente dispuesto...²¹⁶”, es de aplicación lo regulado para la prescripción de las acciones en el artículo 23 LCS, por lo que las mismas en relación con los seguros de daños, “prescribirán en el término de dos años”.

c) Cancelación de la Garantía.

En todo caso, cuando se acredite la entrega de la vivienda y se haya expedido el documento administrativo por el organismo correspondiente²¹⁷.

2º.- Con respecto al aval²¹⁸:

a) Plazo de la Garantía.

No se regula de forma clara y podrá dar lugar a interpretaciones diversas pero creemos acertado afirmar que, al igual además que lo establecido

²¹³ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de diciembre de 2007 [RJ\2008\100604] y en el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2007 [RJ\2008\1373].

²¹⁴ Véase EMBID IRUJO, J., “El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, op. cit. y del mismo autor, EMBID IRUJO, J. M., “Aval, fianza y seguro de caución”, *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1992. También, BARRES BENLLOCH, Mª P., “El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas”, *RES*, núm. 84, 1995 y CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución como garantía personal”, en *Tratado de las Garantías en la contratación mercantil*, Editorial Civitas, 1996.

²¹⁵ Apartado Dos.1.f) de la disposición adicional primera de la LOE, en consonancia con lo establecido en el artículo 4º c) de la Orden de 29 de noviembre de 1968, sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción.

²¹⁶ Apartado Dos.1.l) de la disposición adicional primera de la LOE.

²¹⁷ Apartado Cinco de la disposición adicional primera de la LOE.

²¹⁸ Véase la obra de ILLESCAS ORTIZ, R., “Cartas de acreditación y cartas de garantía”, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil (Homenaje a Evelio Verdura y Tullés)*, Tomo II, *Distribuciones La Ley*, Madrid, 1994 e igualmente la de FERRANDO VILLALBA, Mª L., “Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción...”, op. cit. y GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentarios a los artículos 1822 a 1866 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”, *Dir. Albaladejo*, Tomo XXIII, 1979.

para el seguro de caución debe tener un vencimiento al menos no inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas.

b) Plazo de Caducidad.

“Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la cancelación del aval²¹⁹”.

c) Cancelación de la Garantía.

En todo caso, cuando se acredite la entrega de la vivienda y se haya expedido el documento administrativo por el organismo correspondiente²²⁰.

Por último, es importante hacer una referencia a la posibilidad de que se conceda prórroga al promotor por parte del adquirente. En dicho caso, y aunque la entidad garante consienta en ella, habrá de estarse a lo pactado por las partes, puesto que la Ley, en estos supuestos no establece plazos ni ningún otro condicionante sobre las características de su concesión.

La norma configura todo el mecanismo proteccionista hasta el momento en que el adquirente opta entre resolver (en cuyo caso, podrán entrar en juego las garantías suscritas o no) y conceder una prórroga. En estos casos, el adquirente, debería conocer claramente que a partir de dicha concesión, la Ley no establece ninguna obligación para las entidades garantes, ni siquiera, para el propio promotor, pues el mismo podrá decidir si solicitar prórroga de la garantía o no, pero no por estar legalmente obligado a ello.

DIÉGUEZ OLIVA²²¹, es clara cuando afirma “La concesión de la prórroga responde a los esquemas de la novación modificativa del contrato que necesariamente ha de ser documentada “en cláusula adicional al contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación y entrega de la vivienda”, esto es, con la nueva fecha de cumplimiento. Sin embargo la prórroga del contrato de compraventa no implica de manera automática ni la del contrato de seguro ni la del aval bancario, con diversos regímenes jurídicos en este extremo y repercusiones con relación al consumidor adquirente de la vivienda...es más, si consideramos...el carácter *fideiusorio* de las obligaciones dimanantes tanto del aval bancario como del seguro de caución, es necesaria una renegociación entre el promotor y la entidad bancaria, en tanto que la prórroga de la obligación principal concedida por el deudor al acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la

²¹⁹ Apartado Dos.2.c) de la disposición adicional primera de la LOE.

²²⁰ Apartado Cinco de la disposición adicional primera de la LOE.

²²¹ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción...”, op. cit., páginas 18 y 19. En el mismo sentido GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentario al artículo 1851”, en *Comentario al Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, R. Y SALVADOR CODERCH (*Dir.*), Tomo II, Madrid, 1993 y CARRASCO PERERA, Á., “Comentario al artículo 1851”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (*Coord.*), Pamplona, 2001.

fianza (artículo 1851 del Código Civil) y por tanto la pérdida por parte del consumidor de la Ley 57/1968”.

En este sentido cobra vital importancia, el plazo de vencimiento de la garantía fijado con la última modificación, pues el plazo del vencimiento será el que determine qué incumplimientos se garantizan.

Si un aval solidario se emite con un plazo de vencimiento, unos meses posteriores a la fecha establecida para la entrega de la vivienda (aunque, en principio extraño, pero no imposible), supone que el aval garantizará (y así se indicará en el propio aval), cualquier incumplimiento producido dentro del plazo de vencimiento, esto es, cualquier incumplimiento producido hasta dichos meses desde la fecha pactada para la entrega de la vivienda; por lo que, el adquirente podría conceder una prórroga, dentro del plazo de vencimiento de la garantía, para que el promotor cumpla con su obligación de entrega.

Cuestión distinta, es relacionarlo con el plazo de caducidad. La Ley establece que será de dos años a contar, “desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada” por lo que surgirán dos posibles interpretaciones:

- La primera, basada en lo estrictamente establecido por el legislador, mantendrá que el aval caducará a los dos años desde la fecha establecida para la entrega de la vivienda en el contrato de compraventa, y ésta, a nuestro juicio, debe ser la correcta.

- La segunda, la que atendiendo al nuevo plazo concedido para la entrega de la vivienda, el plazo de caducidad deberá ser contado desde el nuevo día pactado en la prórroga para la entrega de la vivienda.

Aunque mantenemos como decimos la primera postura, es posible la segunda interpretación siempre que dicha prórroga se firmara por escrito y se incorporara como cláusula adicional al contrato de compraventa; por lo que nuestro asesoramiento iría en la línea de no proceder a la caducidad del aval hasta el transcurso de dos años desde el plazo de vencimiento de la garantía (y no tanto desde la fecha de entrega de la vivienda pactada en el contrato de compraventa, como indica el legislador). Diferente sería que dicha prórroga fuera tácita y no se incorporara como tal al contrato de compraventa, no figurando en el mismo una nueva fecha de entrega, puesto que en dicho caso y atendiendo a lo legalmente establecido, la garantía caducaría a los dos años desde “el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada” y, la que figuraría en el contrato, sería la inicial fecha de entrega de la vivienda.

1.4. LAS GARANTÍAS COMO TÍTULOS EJECUTIVOS

La posibilidad establecida por la ley 57/1968, de acudir al procedimiento ejecutivo frente a la entidad garante, ha sido suprimida por el legislador del 2015.

Se establecía en la anterior regulación, en el artículo tercero, segundo párrafo:

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

En la redacción del artículo relativo a la ejecución de las garantías²²², el legislador introduce dos modificaciones significativas; eliminando del texto del apartado lo siguiente:

- 1- El carácter ejecutivo del contrato de seguro o aval.
- 2- La posibilidad de reclamar todos los daños y perjuicios que el retraso de la entrega de la vivienda le hubiera producido.

Con respecto al segundo apartado, la posibilidad de ser indemnizado por los daños ocasionados, DIÉGUEZ OLIVA²²³ asevera: “No olvidemos que el régimen de la percepción de cantidades anticipadas en el ámbito de la construcción cumple la exclusiva finalidad de garantizar la restitución de las prestaciones ejecutadas por una de las partes, la parte compradora. No tiene carácter indemnizatorio del incumplimiento, a pesar del tenor literal de la Disposición Adicional Primera de la LOE que se pronuncia en tal sentido²²⁴; ni suple la indemnización por daños y perjuicios que dicho incumplimiento haya podido ocasionar conforme al artículo 1124 CC, acción de reclamación de los mismos que el artículo 3 *in fine* de la Ley 57/1968 deja subsistente”, quedando a

²²² En la redacción actual de la disposición adicional primera de la LOE, en el Apartado Cuatro, titulado, “Ejecución de la garantía”.

²²³ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 22/2009 1, Editorial Aranzadi S.A. [BIB\2009\79].

²²⁴ Comenzaba dicha disposición adicional primera indicando: “La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o los gestores se cubrirá mediante un seguro *que indemnice el incumplimiento del contrato* en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio (RCL 1968, 1335) sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”.

salvo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios cuando así proceda²²⁵.

Al respecto la mayoría de los órganos judiciales se pronuncian en el sentido de atender reclamaciones de carácter económico y siempre que se justifiquen y acrediten los daños²²⁶. Excepcionalmente, algunas han estimado reclamaciones sobre daños morales que pueden ser objeto de indemnización²²⁷ y, en este sentido, es interesante mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 junio de 2008, [RJ2008\27518] que resolvió:

“...el retraso producido...causó desasosiego y molestias en los actores, frustrando sus legítimas expectativas de poder disfrutar de una vivienda nueva en propiedad en un corto plazo de tiempo, lo que permite conceder la indemnización solicitada por daño moral”.

Como opina SOLER PRESAS²²⁸, “...la pérdida de la mera disponibilidad del inmueble desde la fecha en que tenía que haber sido entregado hasta que efectivamente lo fue, constituye una pérdida patrimonial *per sé* que habría de ser indemnizada”, y afirma que “...tampoco falta alguna resolución judicial que sin haberse acreditado cumplidamente por el comprador la existencia de un arrendamiento y el pago de una renta, concede la indemnización calculada por un valor en renta de forma abstracta”.

No creemos que el hecho de que se haya suprimido la referencia a la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que procedieran implique la imposibilidad de reclamarlos pues, en puridad, no era en absoluto necesaria dicha inclusión en la Ley 57/1968 o en la norma que regula la materia de este estudio.

Es indiscutible que las garantías recogidas en la norma no guardan el carácter indemnizatorio del incumplimiento, como igualmente es indiscutible, que será posible la reclamación de los daños y perjuicios cuando se acrediten y proceda en aplicación del artículo 1124 del Código Civil.

Volviendo al tema de la consideración de las garantías como títulos ejecutivos, la ley 57/68 añadía, de esta forma, un nuevo título ejecutivo a los que

²²⁵ Véase de forma extensa el trabajo de REBOLLEDO VARELA, A.L., “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado. Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes”, op. cit.

²²⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 15 de septiembre de 2005 [RJ2006\67951], incluso denegó la indemnización por no haber acreditado el efectivo pago de la renta de un alquiler pese a entregar el contrato del mismo.

²²⁷ Es interesante la lectura sobre esta materia del autor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., 2009, páginas 285 y siguientes.

²²⁸ SOLER PRESAS, A., “La valoración del daño en el contrato de compraventa”, *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 1998, páginas 169 y siguientes. Véase también MARTÍNEZ MAS, F., “¿Existe daño moral por retraso en la entrega de vivienda?”, *Arte y Cemento*, núm. 2, 2007, páginas 52 y 53. Una exposición más detallada de la postura que rechaza la indemnización de daños no materiales puede encontrarse en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El escándalo del daño moral”, *Thomson-Civitas*, Madrid, 2008.

contempla de modo expreso el artículo 517 LEC²²⁹: únicamente podían considerarse como tales los documentos originales de certificado individual o aval individualizado, no pudiendo acudir al referido procedimiento con las denominadas pólizas globales de garantía, ni reclamar cantidades que no estuvieran garantizadas en dicho documento de garantía.

Además, dicho título ejecutivo debía integrarse con el documento fehaciente en que se acreditase la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda; documento que, debía acreditar un hecho negativo (la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda en los plazos contractualmente establecidos), que el legislador no concretaba de forma detallada en qué debía consistir dicha documentación fehaciente para integrar el título (si en un certificado del secretario del Ayuntamiento correspondiente sobre inexistencia de la licencia administrativa que habilita la vivienda para su ocupación o, un simple acta notarial, etc.) y además se requería que fuera “fehaciente”²³⁰, lo que originó gran casuística de resoluciones contrarias a los intereses del adquirente (al equiparar “fehaciente” a “público” o considerar no suficientemente acreditado los hechos y, consecuentemente, no integrado el título ejecutivo)²³¹.

Dicha supresión por la actual Ley reguladora nos parece acertada.

Por un lado, como en otros capítulos argumentaremos, entendemos necesaria la resolución extrajudicial²³² del contrato de compraventa frente al

²²⁹ Enmarcado en el apartado 9º del número 2 del artículo 517 LEC que establece que son títulos ejecutivos “Los demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de ésta u otra ley, lleven aparejada ejecución”

²³⁰ Opinamos como la mayoría de la doctrina y los tribunales, al referirse al documento fehaciente, que: “Ese documento no tiene por qué ser un documento judicial, notarial o administrativo sino que lo puede ser un conjunto documental mediante el que quede constancia de que el plazo de cumplimiento ha expirado sin que las obras hayan bien comenzado – que no es el caso- bien que no se haya entregado la vivienda”, como establecía la SAP Madrid de 4 de mayo de 2010.

²³¹ Véase a TIRADÓ SUÁREZ, F. J., “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguro de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, en Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario, MORENO CATENA (Coord.), Valencia, 1988, páginas 593-604; ESTRUCH ESTRUCH, J., “El concurso del promotor y la ejecución de los avales y pólizas de seguro de los compradores”, Anuario de Derecho Concursal, núm. 23/2011, Editorial Civitas, S.A., [BIB/2011\167]; MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., “El proceso de ejecución”, Valencia, 2001, en Derecho Jurisdiccional, MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR (Coord.), Tomo II., Valencia, 2001; ARROM LOSCOS, R., “Comentario al art. 517”, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, CORDÓN MORENO/ARMENTA DEU/MUERZA ESPARZA/TAPIA FERNÁNDEZ, (Coord.), , Vol. II., Pamplona, 2001; GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El juicio ejecutivo”, en Derecho Procesal Civil vol. II, Los procesos especiales, GIMENO SENDRA (Dir.), Madrid, 2005 y CASTILLEJO MANZANARES, R., “La ejecución de títulos extrajudiciales”, Valencia, 2001.

²³² GARCÍA VICENTE, J. R., “Seguros de caución o avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor”, en Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal, GARCÍA CRUCES (Dir.), Navarra 2009, páginas 194 y siguientes. El autor parece entender que es preciso, para que el comprador pueda ejercer con éxito su garantía, que previamente haya resuelto el contrato de compraventa que, en ocasiones, como señala el autor, le estará vedado por la legislación concursal. De idéntica opinión ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., en “Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm. 12, Sección Varia, primer semestre 2010, página 141 y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y Constructoras. Afectaciones y peculiaridades”, Valencia, 2008, páginas 451 y 452 y MARTÍNEZ SANZ, F., “Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución”, RDGP, núm. 13, 2010, pág. 101, también entiende como necesaria la previa resolución del contrato para que puedan ejecutarse las garantías de la Ley 57/1968. ESTRUCH ESTRUCH, J., en “El concurso del promotor y la ejecución de

promotor para poder reclamar la devolución de las cantidades al garante (o, indistintamente al promotor-deudor), tanto extrajudicialmente como a través de demanda ejecutiva o de juicio ordinario; y por otro, puesto que, a la luz de una concreta modificación del apartado Dos de la disposición adicional sobre los requisitos de las garantías, el legislador exige que se tenga que requerir "...de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades...", previamente a requerir a la entidad garante, con lo que el legislador pretende a nuestro juicio, simplificar la ejecución de la garantía para lograr una respuesta más inmediata de la entidad garante frente a la petición de reembolso del adquirente, sin necesidad de acudir a un procedimiento ejecutivo.

Además, desde nuestro punto de vista carecía de sentido que el comprador tuviera un título ejecutivo frente al garante y no lo tuviera frente al promotor-vendedor, pues como hemos mencionado la demanda ejecutiva se debía interponer únicamente frente a la entidad aseguradora o avalista.

Queda únicamente para el adquirente la opción de acudir al procedimiento ordinario frente a ambos, o frente a uno de ellos, promotor y/o entidad garante.

2. LA CONDICIÓN DE PERCIBIR

Obligación del promotor es percibir las cantidades a través de una cuenta especial, sobre la que nos extenderemos en un próximo capítulo.

Lo más significativo, es que el Alto Tribunal ha sentenciado que la obligación de ingresar en la cuenta corresponde al promotor y que por ello, no puede sufrir el adquirente las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación.

En este sentido el Tribunal Supremo entiende que tampoco el garante (en este caso se trataba de una entidad aseguradora) puede oponer el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial, en razón de sus facultades de comprobación de los movimientos de la cuenta, según los artículos 2 de la Ley 57/1968 y 4 de la Orden de 29 de diciembre de 1968, en su sentencia de 22 de septiembre de 1997 [RJ\1997\6410] y de 10 de junio de 1983 [RJ\1983\3450].

La auténtica importancia de la cuenta especial, no parece, a nuestro juicio, ser tenida en cuenta por el legislador, quien ha desaprovechado la última modificación para definirla exactamente y establecer sus peculiaridades concretas.

los avales y pólizas...", op. cit., pág. 16, entiende no necesaria resolución judicial ni extrajudicial para ejecutar las garantías.

Ello sigue provocando que algunos autores²³³ afirmen que las entidades financieras deban controlar o prohibir la disposición de la cuenta libremente por el promotor, en igual manera a lo establecido en la extinta Orden de 5 de mayo de 1994²³⁴, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, con respecto a la regulación de la cuenta especial donde se ingresa el importe del préstamo otorgado a un promotor; mientras que otros afirman, que a la entidad financiera no se le ha otorgado control alguno para una “fiscalización” de las disposiciones²³⁵.

El mismo ingreso de las cantidades en dichas cuentas se ha complicado, por el uso generalizado de letras de cambio o efectos cambiarios que son descontados en líneas de descuento con cuentas vinculadas ya establecidas, diferentes a la cuenta especial, donde se ingresan las cantidades anticipadas, previo descuento. Sobre esta casuística y sus problemas discutiremos en capítulos posteriores.

Como quiera que para la publicidad y propaganda, así como para la firma de los contratos de compraventa, la ley establece la obligatoriedad de que el promotor tenga, con carácter previo, contratada la garantía y abierta la cuenta especial, ha de concluirse que, inevitablemente, la única “garantía” que en dicho momento podrá tenerse contratada será, bien la póliza flotante del seguro de caución, bien la póliza global o línea de avales, lo que, insistimos, no constituye garantía válida alguna, como la jurisprudencia de hace años mantenía²³⁶ en un supuesto de garantía prestada mediante seguro de caución en la que afirmaba:

“...ha de reconocerse la importancia de las pólizas individuales para entender consolidado y definido en su alcance el seguro de afianzamiento que la Ley prevé como auténtica garantía...²³⁷”.

²³³ “...ni tampoco verifican que los ingresos que se producen en dicha cuenta especial únicamente provienen de la entrega de cantidades anticipadas por los compradores de una determinada promoción; ni, mucho menos, comprueban que las cantidades de las que dispone el promotor-vendedor de dicha cuenta se destinan única y exclusivamente a satisfacer las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, a diferencia de lo que hacen las mismas entidades de crédito respecto de las cuentas aperturadas especialmente para la recepción por las promotoras de créditos destinados a la construcción, en cuyo caso sí que controlan exquisitamente el destino de los fondos de los que dispone el promotor”, ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., 2009, pág. 125.

²³⁴ Derogada por la Orden número EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

²³⁵ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op. cit., pág. 551.

²³⁶ Encontramos, sin embargo, una reciente sentencia de 13 de septiembre de 2013, núm. 540, [RJ\2013\5931], que resuelve un caso en el que una entidad aseguradora había emitido una póliza global de afianzamiento al amparo de la Ley 57/1968 a los compradores de una determinada promoción, pero no había emitido las pólizas individuales, pese a lo cual el Tribunal Supremo condenó a la aseguradora a restituir a los compradores las cantidades entregadas a cuenta, y ello sobre la base de que la póliza global describía sin género de dudas su finalidad, a saber, “el afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes”. No podía conocerse si existían otras implicaciones en el caso que justificaran dicha resolución, pero en caso de no existir, no nos parece, en absoluto, acertada la resolución.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1995, núm.486/1995, [RJ\1995\2816].

Así pues, en base a ello, la entidad financiera, tan solo podrá comprobar para la apertura de la cuenta especial, que el promotor ha concertado dicha póliza pero no que está garantizando aún las cantidades anticipadas, puesto que aún, desconoce quién será el beneficiario o asegurado. Y ello es importante porque solo para la apertura de la cuenta y en relación a dicha exigencia, hace el legislador responsable a la entidad financiera.

En definitiva, ciertamente resultaría apropiado y oportuno modificar la norma en este sentido, con el interés de lograr esclarecer este aspecto referido a las garantías que, sin duda, eliminaría cualquier posible confusión al respecto.

Sugerencia.

“Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes *entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario*, a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse *o domiciliarse* 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 cuentas o depósitos, la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá *al promotor, que acredite la contratación de la póliza flotante de seguro de caución o línea de avales con la entidad garante correspondiente*”.

Por último puntualizar que aún en el supuesto de que la cuenta especial se abriera sin contratar las garantías y posteriormente, dicha obligación fuera cumplida, la jurisprudencia entiende que ello excluiría la responsabilidad de la entidad financiera en este sentido, lo que veremos en capítulos posteriores.

3. LA IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS

Al hilo de las obligaciones establecidas por la ley, es importante hacer mención a la supresión del tan aludido artículo 7, que establecía: “Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables”

En relación a dicha característica con el contenido de las garantías, algunos autores han puesto de relieve su alcance y así DOMÍNGUEZ ROMERO²³⁸ ha afirmado que “...precisamente por el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al adquirente en la Ley 57/1968, el garante no podrá excusarse en desajustes con dicha Ley del aval o del seguro concertado con el promotor, para evitar la reclamación de las cantidades anticipadas...se percibe,

²³⁸ DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio...”, op. cit.

por tanto, la pretensión de blindar la posición del acreedor garantizado frente a las vicisitudes de la relación de cobertura entre promotor y garante”.

Al amparo del mismo se han dictado innumerables sentencias que, básicamente, vienen a defender el carácter tuitivo de la norma, una, de sus más relevantes peculiaridades. El propio Tribunal Supremo mantenía en una sentencia de 19 de julio de 2004²³⁹ que “...la aseguradora recurrente trata de hacer recaer sobre los actores las consecuencias de la falta de armonía o desajuste con la Ley 57/1968 del seguro concertado con la sociedad promotora de la construcción en tiempo muy posterior al contrato de venta y esta pretensión es inadmisibles, dado que aquellos se limitaron a cumplir con las obligaciones contractuales y no intervinieron en la concertación del seguro”.

Igualmente otras sentencias de jurisprudencia menor, dictan sus resoluciones basándose en dicha irrenunciabilidad:

- .- Sentencia de la Audiencia Provincial de ÁVILA, de 10 de diciembre de 2002 [RJ\2003\33397]:

“Como quiera que los derechos del beneficiario son *irrenunciables*, no pueden las partes modificar en sentido restrictivo el ámbito de ese afianzamiento, sin perjuicio de que su autonomía contractual les permita extenderlo a otros hipotéticos supuestos, y, en todo caso, en la interpretación de los término de aval se habrá de obrar siempre “pro beneficiario”, dado el carácter tuitivo de la norma”

- .- Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 2014 [RJ\2014\3126]:

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

- .- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2014 [RJ\2014\6008]:

“...se ha declarado que el comprador sí puede reclamar al banco avalista o asegurador la suma total representada por dichas letras, incluso en el caso de que se hubiera acordado con el mismo conformarse con un importe inferior y reclamar el resto al promotor, pues tal acuerdo sería nula de pleno derecho por contravenir el *carácter irrenunciable* de los derechos que la Ley 57/68, otorga a los compradores”.

²³⁹ STS, núm. 817/2004, [RJ\2004\4386].

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de enero de 2015, núm. 779/2014, [RJ\2015\352]:

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

No creemos, sin embargo, que su supresión elimine el marcado carácter al que nos hemos referido, protector de los derechos de los consumidores.

Si bien la norma fue pionera en este sentido, desde la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios²⁴⁰, dejaba de ser relevante el referido artículo por cuanto aquellos que, en definitiva, eran consumidores adquirentes de viviendas en construcción, pasaban a estar protegidos por el articulado de la mencionada norma que, en su artículo 2.3, establecía concretamente: “La renuncia previa de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula”²⁴¹.

Igualmente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias²⁴², en su exposición de motivos afirmaba: “Se eleva con ello la protección del usuario ante fórmulas arbitrales no siempre lícitas y se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente. Esta regla se completa con la determinación de la nulidad de los pactos suscritos contraviniéndola, en aplicación de las previsiones de la propia Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios sobre la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la ley al consumidor²⁴³”.

El legislador del 2015 ha suprimido el mismo, incluyendo correctamente, como hemos visto en el apartado anterior, la advertencia de que la

²⁴⁰ BOE 24 julio 1984, núm. 176, [pág. 21686].

²⁴¹ Véase DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria”, *RdP*, núm. 22, 2009 y DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas”, *AC*, núm. 14/2005 [BIB\2005\2025].

²⁴² BOE 30 de noviembre de 2007, núm. 287, [pág. 49181].

²⁴³ Recogido en el artículo 10 de la norma.

“Artículo 10. *Irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario.*

La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”.

infracción de las presentes obligaciones establecidas por la Ley, son sancionables en materia de consumo²⁴⁴.

Las obligaciones impuestas en la disposición constituyen, efectivamente, *ius cogens*, o derecho imperativo. Como ya hemos anticipado, las obligaciones recogidas deberían ser de obligado cumplimiento para los promotores de viviendas que reciban cantidades anticipadas de los adquirentes de las mismas, para su construcción, independientemente del destinatario final de la construcción. Ello no confrontaría con que la norma establezca que el incumplimiento de las obligaciones impuestas suponga infracción en materia de consumo²⁴⁵, pues el uso del término “constituye” en vez de la expresión “podrá constituir”, a nuestro juicio, no es más que una cuestión de estilo, sin que suponga, más bien al contrario, que la norma tan solo es aplicable a consumidores.

4. LAS INFRACCIONES Y LAS SANCIONES

Bajo el título “Infracciones y sanciones” la nueva modificación de la DA 1ª de la LOE²⁴⁶ recoge y amplía, a través del Apartado Siete de la misma, el artículo sexto de la Ley 57/1968, llamada en breve a ser derogada.

Es necesario, analizar la modificación que se ha realizado sobre la infracción que venía recogida por la Ley 57. El referido artículo de esta Ley comenzaba: “El incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado...”, mientras que ahora el legislador indica al respecto: “El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el apartado uno.1 de esta disposición...”

Dos apreciaciones, aunque hablan por sí solas:

- La primera, que se establece que el incumplimiento que motiva una infracción sancionable por las Comunidades Autónomas, es la obligación de constituir garantía y no, cualquier incumplimiento de la Ley, lo que en principio es lógico, puesto que como bien se indica en el párrafo primero, si el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la norma, constituye infracción en materia de consumo, por aplicación del principio “*non bis in idem*”²⁴⁷, no podría mantenerse la anterior redacción de este apartado.

²⁴⁴ Interesante la obra de DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas”, op. cit. y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios sobre protección de los consumidores*, BERCOBITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 1987.

²⁴⁵ Al amparo del primer párrafo del Apartado Siete de la disposición adicional primera de la LOE en su última redacción.

²⁴⁶ En la redacción que entrará en vigor el próximo año.

²⁴⁷ Nuestra Carta Magna de 1978 no recogió el principio <*non bis in idem*>, pero la doctrina ha defendido su vigencia por entender que la formulación de la doble sanción está implícita en el propio principio de legalidad del artículo 25 de la [Constitución](#) vigente que vetaría una tipificación simultánea de iguales conductas con los diferentes efectos sancionadores (GARCÍA DE ENTERRÍA), o también implícito en el principio de exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en la norma del artículo 9.3 nuestra Constitución.

La Ley, deja en manos de las Comunidades Autónomas la regulación de estas sanciones y como bien afirma PARRA TORRES²⁴⁸ "...las distintas normativas autonómicas han desarrollado (por medio de su propia legislación autonómica) en mayor medida la importancia del aspecto sustantivo de esta norma, que han reproducido y, en menor medida, el aspecto sancionador, por ser pocas las que han desarrollado este mandato del legislador, lo que ha vaciado de contenido esta vertiente de la norma".

- La segunda, que sigue refiriéndose a la garantía mencionada en el apartado uno.1 y, como hemos analizado, la garantía en dicho momento constituida, puede ser, únicamente, la póliza global o flotante de las garantías y suponemos que la infracción se comete por no otorgar las garantías válidas a favor del adquirente, o sea, las denominadas "garantías individualizadas".

Lo que no alcanzamos a comprender, es por qué no se ha incluido, como infracción sancionable, la no apertura de la cuenta especial (puesto que ello, a nuestro juicio, ha dado no poca inseguridad al sistema articulado por el legislador).

La simple amenaza al promotor de la posible interposición de una sanción administrativa, será probablemente, más eficaz al objeto de lograr el otorgamiento de las garantías exigidas por Ley, por parte de aquel, que cualquier acción judicial (siempre más prolongadas en el tiempo) por parte del adquirente de la vivienda, por lo que nos parece acertado el mantenimiento de dicha regulación, al menos, como decimos, de cara a lograr la finalidad perseguida por la Ley.

Por otro lado, con dicha modificación, el legislador deja claro, a nuestro juicio, que dicho incumplimiento (el de no constituir la garantía) solo puede ser considerado una infracción administrativa y que, por consiguiente, carece de virtualidad resolutoria del contrato de compraventa en virtud del cual se

El <<non bis in idem>> que no está recogido en la legislación española penal, sí que está reflejado en la legislación administrativa, en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, [RCL\1992\2512], de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común en su artículo 133, que establece: "No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

En términos generales, el principio <<non bis in idem>>, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismos hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.

Sí procede, la doble sanción por unos mismos hechos, cuando las diferentes sanciones se basan en diferentes motivos aunque nazcan de unos mismos hechos.

²⁴⁸ PARRA TORRES, V., "La posición del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción", op. cit., pág. 10. De hecho el autor al referirse al régimen sancionador menciona la disparidad según las Comunidades Autónomas, comparando las CCAA de Valencia y de Murcia y resaltando que la sanción máxima fijada en la Comunidad valenciana, por no contratar las garantías, no alcanza a la sanción mínima fijada por la murciana, ante idéntica infracción. Véase igualmente la obra de CORCHERO PÉREZ, M. y GRANDE MURILLO, A., "La protección de los Consumidores", Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007 y la de CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., "La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles", Cívitas, Madrid, 1990.

constituye. Sin embargo, habrá que esperar para conocer el alcance que la jurisprudencia de a este giro del legislador.

El legislador establece también, la posibilidad de imponer al promotor las sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación en materia de ordenación de la edificación.

En este sentido y aunque el artículo 19.7 de la LOE va referido a las garantías establecidas en virtud del artículo 19.1 del mismo texto legal, creemos, sería de aplicación al promotor incumplidor de sus obligaciones impuestas según la disposición primera adicional de la Ley:

“Artículo 19.7 LOE: El incumplimiento de las anteriores normas sobre garantías de suscripción obligatoria implicará, en todo caso, la obligación de responder personalmente al obligado a suscribir las garantías”.

IV. LAS OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS

No podemos concluir este capítulo sin hacer mención, aunque someramente, a otra serie de obligaciones que ya el legislador de 1968 imponía al promotor en relación con las denominadas medidas de aseguramiento.

El sistema ideado por el legislador perdería sentido si no se completara con las obligaciones que, a continuación, recogemos, o por mejor decir, el círculo establecido para controlar la actividad de los promotores de viviendas, nunca se cerraría sin ellas, dejando huecos por los que escaparía la virtualidad del mecanismo de “doble protección” regulado por la Ley 57/1968, cuyo testigo recoge ahora, la Ley de Ordenación de la Edificación.

Dichas obligaciones están relacionadas con la difusión y propaganda de la promoción que realizan los promotores y con el contenido, de obligatoria inclusión, que se exige en los contratos de compraventa de viviendas que el promotor pretenda firmar con los adquirentes de aquellas, a los que exija anticipar cantidades para su construcción, y que son: la publicidad de la promoción de viviendas y la información contractual. Pese a que la normativa las recoge en el orden contrario, alteramos el mismo en esta exposición, justificado por la secuencia temporal para el cumplimiento de ambas obligaciones, a la que debe atenerse el promotor. Como no podría ser de otra forma, el promotor realizará la publicidad de la promoción, antes de proceder a firmar contratos de compraventa con los adquirentes de las viviendas de dicha promoción.

La importancia de las obligaciones “complementarias” y que consisten, en las menciones que han de incluirse en los contratos (apartado tres) y en la publicidad (apartado seis), estriba en que potencian “el conocimiento de los compradores acerca de la existencia de esta Ley y de los derechos que con carácter irrenunciable la norma les concede”²⁴⁹.

1. PUBLICIDAD DE LA PROMOCIÓN DE VIVIENDAS

El apartado seis de la LOE, en la reciente redacción, y, anteriormente, el artículo 5 de la Ley 57/1968, impone al promotor, la obligación de reflejar en la publicidad que se realice de las viviendas a construir, que él mismo, se ajustará a lo previsto en la norma, suministrando la información necesaria y correcta en cuanto a la contratación, con expresa mención de la entidad garante y de la entidad depositaria de las cantidades anticipadas por el adquirente.

Sin duda, ese artículo 5 de la Ley 57/1968, tuvo su eco en el artículo 2 de la antigua, por derogada, LGDCU²⁵⁰, en los artículos 3 y 7 del Real Decreto

²⁴⁹ ESTRUCH ESTRUC, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 336.

²⁵⁰ Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores, relativos a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, y, posteriormente, en el artículo 8 del TRLGDCU²⁵¹.

La brevísima Orden de 5 de octubre de 1968²⁵², de tan solo cinco artículos, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial, completaba las normas aplicables en esta materia a dichas compraventas. Era una norma extraordinariamente avanzada para su tiempo y defensora de los consumidores que, en su artículo 3 exigía incluso, que en la propaganda y publicidad de cesión de viviendas no sujetas a la normativa de la Ley 57/1968, se hiciera constar dicha circunstancia de modo expreso pues en el supuesto de que no se incluyera dicha “no sujeción”, la norma le sería de aplicación.

Nos parece de gran trascendencia matizar que si bien la Ley no recoge, como sí lo hace la Orden de 5 de octubre de 1968 sobre propaganda y publicidad en la venta de viviendas en construcción, la obligatoriedad de indicar el número de cuenta especial en la publicidad, sí recoge dicho contenido, como contenido obligatorio en el contrato de compraventa y ello con la finalidad de que en la misma se ingresen las cantidades anticipadas.

La importancia de cumplir con la obligación de una publicidad clara y precisa es resaltada por una soberbia sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla, de 10 de octubre de 2005, núm. 102/2005 [AC\2005\1721], la cual, ante la defensa de la demandada que argumentaba haber dado cumplimiento a las obligaciones de carácter sustantivo establecidas por la Ley (contratar las garantías exigidas e indicar la entidad financiera depositaria de la cuenta especial), resolvía:

“Sin perjuicio de que el cumplimiento de las obligaciones sustantivas sea de mayor importancia (por cuanto que cumplir las obligaciones de documentación y publicidad sin haber cumplido las sustantivas haría irrelevante aquel cumplimiento), ello no releva del cumplimiento de las obligaciones relativas a las menciones a incluir en los contratos y en la publicidad.

En el caso de autos, en cuanto es evidente que ninguna de las menciones exigidas en la citada Ley 57/1968 se han incluido en la publicidad realizada por la demandada...ésta es ilícita por infringir la regulación que de la publicidad de la venta de viviendas establece la mencionada Ley, concretamente su artículo 5”.

²⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que en su disposición derogatoria única, recogió la derogación de la LGDCU.

²⁵² BOE, de 10 de octubre de 1968, número 244, página 14393.

El apartado seis de la DA 1ª de la LOE, bajo el título “Publicidad de la promoción de viviendas”, obliga expresamente y en forma similar a la que establecía el artículo 5 de la Ley 57:

“En la publicidad de la promoción de viviendas con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, será obligatorio hacer constar que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley, haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas”.

En relación a la publicidad, sin embargo y tal y como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO²⁵³ “...hay que diferenciar la que tiene como misión la de ser un mero reclamo, de la que tiene valor informativo...”

Dos son las obligaciones impuestas en cualquier publicidad²⁵⁴, incluida aquella que se realice a través de portales de Internet o bien por cualquier medio audiovisual:

- La constatación de que el promotor ajustará su actuación y contratación a la Ley y,
- La mención expresa de la entidad garante y de la entidad depositante de la cuenta especial.

En relación a dicha segunda mención, la Orden de 29 de noviembre de 1968, en su artículo 8, incluía la prohibición de que ninguna entidad aseguradora podría autorizar que se la mencionara en la publicidad hasta que el contrato de seguro de caución no estuviese formalizado. La Ley 20/2015, deroga expresamente esta Orden por lo que cabría cuestionarse si dicha exigencia se podría entender implícita en el propio tenor de la LOE o no. En realidad, el contenido del artículo 8 se justificaba en un momento en que la actividad aseguradora estaba sujeta a una supervisión y control de la Administración y por ello, la utilización de “autorizar” a que fuera mencionada en la publicidad. Realmente, en la práctica, hasta que no está formalizada la póliza flotante del

²⁵³ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Tomo II, 6ª edición, Madrid, 2007, pág. 328. También CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales”, *Instituto Nacional de Consumo*, 1994.

²⁵⁴ ESTRUCH ESTRUCH afirma en “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., 2009, pág. 344: “Aunque la Ley 57/1968 y la Orden de 5 de octubre de 1968, por la época en la que fueron promulgadas, están pensando en publicidad realizada por escrito (y, seguramente, los folletos publicitarios continúen siendo la forma más típica de realizar la publicidad para la venta de las promociones inmobiliarias), lo establecido en dichas normas debe aplicarse a cualquier tipo de publicidad, esto es, a cualquier tipo de comunicación realizada en el ejercicio de una actividad comercial de venta de viviendas con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de estos bienes inmuebles (artículo 2, Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad)”. Véase también, ALGABA ROS, S., “La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles”, en CAÑIZARES LASO, A., (Coord.), “Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria”, Madrid, 2006.

seguro de caución (que es lo único que en dicho momento existirá y no los certificados individuales) no puede decirse que la entidad aseguradora se convierte en entidad garante de las cantidades anticipadas, por lo que carecería de sentido incluirla como tal en la publicidad.

Dos últimas apreciaciones:

En la Ley 57/1968 no se exige que el número de cuenta se incluya en la publicidad²⁵⁵, pese a que el referido dato ya le consta al promotor. Es la Orden mencionada de 5 de octubre de 1968, la que, según algunos autores, en un exceso de reglamentación administrativa²⁵⁶, pues exige requisitos que no fueron exigidos por la Ley 57, establece en su artículo 1 c) que la publicidad contenga en su texto la numeración de la cuenta especial.

Tampoco en la última redacción dada sobre la materia en la LOE se exige que sea incluida en la publicidad. Sin embargo, el mencionado dato, sí es exigido como contenido contractual, según veremos a continuación.

Por último, todo lo incluido en la publicidad deberá considerarse como contenido integrante del contrato de compraventa pese a que, finalmente, no se incorpore en el propio contrato²⁵⁷. El Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, establece en su artículo 3.2:

“Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de las vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado”.

El artículo 4 del Decreto 218/2005, de 11 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁵⁸, sobre información a suministrar al consumidor en la compraventa de viviendas y arrendamiento de vivienda, se remite al Decreto 515/1989 y considera igualmente parte del contrato, los datos y menciones contenidas en la publicidad o promoción de las viviendas.

²⁵⁵ La propia Ley 34/1988, General de Publicidad, establece en su artículo 2. BOE 15 noviembre 1988, número 274, [pág. 32464], la define como: “A efectos de esta Ley, se entenderá por – Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

²⁵⁶ ESTRUCH ESTRUCH, “...nos encontramos ante una extralimitación de las funciones que la disposición final de la Ley 57/1968, atribuye al Ministerio de Vivienda para dictar normas complementarias para el desarrollo de la Ley”, en “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 341.

²⁵⁷ ALGABA ROS, S., “La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles”, op. cit., páginas 58 y siguientes.

²⁵⁸ Decreto que aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía. BOJA núm. 217, página 6 y siguientes.

En su artículo 5. Información en la oferta, promoción o publicidad para la venta o arrendamiento de viviendas al público en general, dicho Decreto de la Comunidad Andaluza establece:

“h) Cuando esté prevista la entrega de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, se mencionará expresamente que las cantidades anticipadas se garantizarán conforme a ley, el nombre de la entidad garante, número de la póliza correspondiente, la existencia de una cuenta bancaria especial y exclusiva para los ingresos y su Código Cuenta Cliente”.

Igualmente, DIÉGUEZ OLIVA²⁵⁹, indica al respecto que “...los denominados Documentos de Información Abreviada (DIA), regulados por el Decreto 218/2005 de vivienda en Andalucía...se exige la suscripción de dichas garantías en el momento de iniciar la promoción publicitaria de la venta de inmuebles, como requisito necesario para poder recibir cantidades anticipadas”.

Por último, exponemos una apreciación realizada por DOMINGUEZ ROMERO²⁶⁰ al respecto del carácter tuitivo atribuido a este Ley:

“El artículo 5 Ley 57/1968 impone al promotor la obligación de reflejar en la publicidad que se haga de las viviendas a construir o en período constructivo, que aquél se ajustará a lo previsto en dicha norma, suministrando al adquirente, por tanto, la información necesaria y correcta en cuanto a la contratación con sujeción a los requisitos de la Ley 57/1968, haciendo expresa mención del garante y depositario de las cantidades que se anticiparán por el comprador.

Este artículo fue indudablemente la voz que tuvo su eco en el artículo 2 de la antigua Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio, derogada por disposición derogatoria única Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), los artículos 3 y 7 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, y el artículo 8 del texto refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)”.

²⁵⁹ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 10.

²⁶⁰ DOMINGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Revista La Toga*, nº 174, 2009, páginas 8-17. Igualmente CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales”, op. cit., pág. 151. Y también, PARRA TORRES, V., “La posición del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda...”, op. cit.

2. INFORMACIÓN CONTRACTUAL²⁶¹

En relación a dicha información, establece la LOE, en el apartado Tres de la disposición adicional primera en la nueva redacción dada por el legislador:

“En los contratos para la adquisición de viviendas en que se pacte la entrega al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente.

a) Que el promotor se obliga a la devolución al adquirente de las cantidades percibidas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda.

b) Referencia al contrato de seguro o aval bancario a los que hace referencia el apartado uno.1.a) de esta disposición con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista.

c) Designación de la entidad de crédito y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado.

En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio”.

²⁶¹ Es interesante consultar, el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU y otras leyes complementarias, se regula la información previa al contrato celebrado por cualquier consumidor, señalándose que “antes de contratar el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre las condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”. En su apartado c) incluye expresamente “la fecha de entrega... (de modo claro y expreso)” y en el e) “las garantías ofrecidas”. El artículo 83 del referido texto legal, declara la nulidad de las cláusulas abusivas y en su artículo 85.8, señala que es abusiva la cláusula que suponga la consignación de fechas de entrega, meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario, como aquellas que se condicione a obligaciones del promotor, tales como obtener la licencia de ocupación (que según el artículo 9.3 de la LOE, es obligación del promotor), pues de igual modo, se dejaría, al arbitrio del promotor, su solicitud.

Que se incluya o no en el contrato de compraventa el contenido indicado en el apartado a), no afecta al carácter imperativo de la norma, por lo que, evidentemente, el promotor viene obligado a la devolución de las cantidades sin necesidad de dicha inclusión. La finalidad no puede ser otra que, nuevamente, la protección e información del adquirente, por lo que su incumplimiento, sin lugar a dudas, podrá ser sancionado.

El contenido contractual recogido en este apartado, guarda similitud con el contenido establecido para la publicidad de la venta de viviendas, pues también exige que se indique tanto la entidad garante, como la entidad depositante. Salvo por una diferencia que consiste en que como contenido del contrato de compraventa ha de incluirse la designación de la cuenta especial (es decir, la numeración de la misma).

El legislador incluye en este apartado, dos mandatos relacionados con las garantías:

- El primero de ellos, la referencia al contrato de seguro o aval, a los que hace referencia el apartado Uno.1.a) de esta disposición.
- El segundo, la entrega del documento que acredite la garantía.

Pese a diferenciar ambas garantías; a saber, referencia a la póliza flotante o línea de avales (que son a las que hace referencia el apartado uno.1.a) de la disposición), por un lado, y entrega de la garantía propiamente dicha por otro, la realidad ha revelado que lo realmente entregado por el promotor al adquirente en la firma del contrato, ha sido, en el mejor de los casos, “fotocopia” del contrato al que hace referencia el apartado uno.1.a), esto es, la póliza global.

El legislador del 2015, simplemente ha trasladado las idénticas expresiones del legislador del 1968, cuando podría haber añadido el matiz de que la garantía de la que debe hacer entrega el promotor “...en el momento del otorgamiento del contrato de compraventa...”, es el documento que acredite la garantía con los requisitos exigidos en el apartado Dos.1, si se ha prestado garantía mediante seguro de caución, o el recogido en el apartado Dos.2, si se ha prestado mediante aval solidario. Con ello, sin lugar a dudas, al comprador no le hubiera pasado desapercibida la diferencia marcada por el legislador.

Para concluir, simplemente manifestar que, nuevamente el Real Decreto 515/1989, recoge que el promotor deberá a tener a disposición del público y de las autoridades, en su artículo 6.5º, información detallada sobre las garantías que deberá constituir por el precio aplazado, y en su artículo 7, menciona expresamente las garantías a contratar, en relación a la exigencia establecida en la Ley 57/1968²⁶².

²⁶² Sobre la información contractual puede verse PICATOSTE BOBILLO, J., “Derechos y Garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas”, Manuales de Formación Continuada núm. 34, dedicado a: *Hacia un Código del Consumidor, Consejo General del Poder Judicial*, 2005, páginas. 487-670; y los siguientes en idéntico Manual: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El concepto de consumidor”, páginas 17-38; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., “La tutela procesal de consumidores y usuarios”, páginas 39-160 y HERNÁNDEZ BATALLER, B., “La protección de los consumidores en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: situación

En idéntica forma, el Decreto de la Comunidad Andaluza mencionado anteriormente, recoge en su artículo 6, en relación al Documento Informativo Abreviado en la venta de viviendas en proyecto o en construcción:

“h) Cuando se prevea la entrega de cantidades a cuenta, se mencionará expresamente que las cantidades anticipadas se garantizarán conforme a ley, el nombre de la entidad garante, su domicilio y el Código Cuenta Corriente correspondiente a la cuenta especial y exclusiva donde se ingresarán dichas cantidades”.

V. LAS PARTES DE LAS DISTINTAS RELACIONES JURÍDICAS

De muy diversa índole y condición son las personas físicas y jurídicas que se encuentran avocadas, en virtud de la presente normativa, a entenderse y conciliar sus intereses.

Al margen de conductas incumplidoras voluntarias, no es fácil entender cuál es el alcance de la responsabilidad de cada cual y en qué forma debe dirigir su comportamiento y regular su actividad, para que pueda entenderse ajustada a la normativa y no ser sancionada por ello o no ser considerada responsable de actuaciones que, a su juicio, estuvieron fuera de su control.

Evidentemente, existe una parte claramente protegida, a saber, aquel adquirente que reúne los requisitos legales para ser considerado consumidor, pero al margen de él, otros sujetos, buscan cumplir con una ley que, quizá, no es todo lo clara y completa que se le exige. Ello, unido a la realidad de que incluso, los operadores jurídicos que intervienen en fases iniciales o finales de las relaciones surgidas de la norma, no captan de forma clara lo pretendido por el legislador, debería motivar a este a dedicarle algo más de atención a la reforma realizada y analizar, en qué medida podría eliminar del tenor de la norma aquello que, aun tras la reciente modificación, sigue y seguirá, creando confusión.

1. EL PROMOTOR

No pasa desapercibido el hecho de que la Ley 57/1968, ni tampoco la disposición adicional que entrará a regularla próximamente, como tampoco el articulado de la Ley de Ordenación de la Edificación, exijan ningún requisito de solvencia para el ejercicio de la actividad constructora o promotora²⁶³, como se hace para otros ámbitos de la actividad económica, verbigracia, la aseguradora o crediticia²⁶⁴; ninguna exigencia o condición financiera, tendente a lograr el objetivo primordial, cuál debe ser la entrega de la vivienda en plazo.

Si bien ello, sí que se ha dispuesto imperativamente, que únicamente se puedan obtener de los compradores de viviendas en construcción, cantidades anticipadas, si la devolución de las mismas está garantizada con arreglo al modelo

²⁶³ Otros autores han llamado la atención sobre ello, tanto ESTRUCH ESTRUC, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 327, como CARRASCO PERERA, R., en “Garantías por cantidades...”, op. cit., pág. 523.

²⁶⁴ Véase Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE 15 julio 2015, núm. 168, [pág. 58455] y [Ley 10/2014, de 26 de junio](#), de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE de 27 de junio y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Publicado en BOE núm. 39 de 14 de Febrero de 2015.

establecido; responsabilizando a otras entidades, en el proceso de construcción de las viviendas, que sí soportan dichos condicionantes o exigencias de solvencia y supervisión: entidades financieras y entidades aseguradoras.

La promoción de viviendas no es una actividad, sin embargo, exenta de dificultades y de exigencias por parte de la Administración, al menos, en lo relativo a todo el proceso de la actividad.

Así pues, unido al, cada vez más elevado coste del suelo, el promotor ha debido soportar reducciones, exigidas por la Administración, en el espacio disponible para construir: cediendo terreno para la construcción de obra civil, entregando a la Administración un porcentaje del mismo para construcción por aquella de viviendas de protección oficial (sin que necesariamente se adjudique la construcción de dichas VPO, al promotor cedente de los terrenos), entregando otro porcentaje de viviendas construidas al municipio, etc., lo que ha encarecido considerablemente el precio final de las viviendas y el margen de beneficios del promotor²⁶⁵.

Por ello, y por el constante alza de los precios del mercado en los años de burbuja inmobiliaria, eran los promotores los que provocaban la resolución de los contratos de compraventa firmados con adquirentes de viviendas al menor retraso en los pagos o por cualquier leve incumplimiento de lo pactado. La vorágine del mercado inmobiliario, en realidad, perjudicó a todos.

En ese escenario, el comportamiento habitual del promotor, no era eludir la emisión de las garantías, pero sí cierta aquiescencia; solicitando y entregando las garantías individualizadas, únicamente si el adquirente las solicitaba.

Otros de los habituales incumplimientos ha sido la disposición indistinta de los fondos disponibles sin cumplir con la separación y destino que, de las cantidades anticipadas, por cada promoción, le exigía la ley, motivado únicamente, por problemas de tesorería o liquidez, lo que les llevó a eludir el control y en algunos casos, *fiscalización*, que las entidades financieras realizaban sobre las cuentas especiales, abiertas en cumplimiento de la normativa que nos ocupa. Con dicho comportamiento, que ha derivado en que, finalmente, las cantidades anticipadas no se ingresaran en la cuenta especial, han perjudicado enormemente, sin intención, al adquirente de las viviendas, de cara a poder reclamar la devolución de las mismas, a la entidad garante.

2. LAS ENTIDADES GARANTES

Ni las entidades financieras ni las entidades aseguradoras, en cierto modo, han comprendido el alcance de la importancia del ingreso de las cantidades

²⁶⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. “La figura del Promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Aranzadi*, Navarra, 2002 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Responsabilidades y garantías de los agentes de la edificación”, *Lex Nova*, Valladolid, 2007.

anticipadas en la cuenta especial, en relación con las garantías prestadas y, por consiguiente, el alcance de su responsabilidad al respecto, sobre dichos ingresos.

Desconocer el por qué se concede a las entidades aseguradoras, la facultad y control de los movimientos de la cuenta especial abierta por el promotor, supone vaciar de contenido dicha facultad e impedir, que la pretendida protección del legislador al adquirente de una vivienda que anticipa cantidades para su construcción, cumpla su cometido. Dichas entidades, las aseguradoras, han debido responder de riesgos que ignoraban estar asumiendo y, por consiguiente, sobre los que no exigieron contraprestación de los promotores-tomadores.

Las propias entidades financieras, deberían ser más cautas y exigir a los promotores que, salvo que la garantía prestada lo sea mediante seguro de caución, contraten exclusivamente con ellas ambas operaciones: la apertura de la cuenta especial y la garantía a través de la figura del aval solidario y ello, por las implicaciones que conlleva que sean distintas entidades financieras las que otorguen las dos medidas de aseguramiento exigidas por la Ley y que hemos puesto de manifiesto en capítulos anteriores.

Es fundamental que ambas entidades garantes, comprendan a qué les obliga el legislador, en cuanto a las cantidades anticipadas que sean ingresadas en la cuenta especial en relación con la garantía prestada por aquellas.

Además, las entidades financieras, deberían adoptar medidas en cuanto a la apertura de la cuenta especial, tales como, expedir un certificado e identificar con el título de cuenta, la propia cuenta especial o incluso, incorporando cláusulas en cuentas ordinarias abiertas a promotores, en las que se prohíba la posibilidad de su uso como cuenta especial por el promotor. Todo ello, en un intento de separar responsabilidades que tan solo, debe corresponder al propio promotor.

3. EL ADQUIRENTE

La normativa analizada, comporta no cierta dificultad para los profesionales de la materia, cuanto menos, para un adquirente ajeno a dichas relaciones y funcionamiento de las distintas actividades económicas entrelazadas: inmobiliaria, financiera y aseguradora.

El adquirente, es, y no debe plantearse de otra manera, el beneficiario del mecanismo ideado por el legislador y el protegido por todas las normas (de publicidad, de consumidores, estatales, autonómicas...) que acompañan a la ya tuitiva y adelantada para su época, y en breve derogada, Ley 57/1968 y por su sucesora en la regulación de la materia, la Ley de Ordenación de la Edificación.

En concreto, las obligaciones de información contractual y publicidad, giran en torno a ello y con la finalidad de que el adquirente conozca sus derechos y pueda exigirlos. Todo el entramado protector se derrumba si el adquirente no

defiende sus derechos. A gran número de profesionales²⁶⁶ no deja de extrañar que los adquirentes “...se «lancen» a esta aventura...con una despreocupación realmente sorprendente...y sin asesorarse debidamente”²⁶⁷.

Ya en sus orígenes la Ley declaraba irrenunciables los derechos que otorgaba a los consumidores. En la actualidad, carece de sentido su mención concreta por la cantidad de normativa existente en materia de consumidores y usuarios que protegen a aquel que reúna las condiciones para ser considerado consumidor. Probablemente este y no otro, ha sido el motivo por el que el artículo 7 que declaraba dicha “irrenunciabilidad” ha sido suprimido en la reciente modificación.

Es importante, pese a ello, que el adquirente, vigile que el promotor cumpla con sus obligaciones y, en concreto, la fundamental de entrega de la garantía individualizada, pero no solo ella, puesto que, como hemos reiterado, el que las cantidades anticipadas sean ingresadas en la cuenta especial, en ocasiones, permitirá que su devolución pueda estar garantizada por la entidad garante, al margen de si emitió o no, garantía individualizada. Compartimos en este sentido, la doctrina jurisprudencial que establece, que las consecuencias de la falta de ingreso de las cantidades en la cuenta especial, cuando corresponde al promotor, no puedan ser trasladables al adquirente, pero tampoco aquella entidad garante que, sobre las cuales, no emitió documento individualizado de la garantía.

No debemos olvidar, que salvo responsabilidades concretas dirigidas a otras entidades por el legislador, el obligado principal de la norma, es el promotor.

4. LA ADMINISTRACIÓN

La norma es “flagrante y habitualmente incumplida”²⁶⁸.

Algunos, consideran como ALONSO CUEVILLA-FORTUNY et al²⁶⁹ “...que es la tibieza normativa en punto a la sanción del incumplimiento de la Ley lo que conduce a que algunos promotores opten por no suscribir las garantías para economizar costes...”, mientras otros, afirman como ESTRUCH ESTRUCH²⁷⁰, que “...no es tanto la tibieza de las sanciones...sino la manifiesta inactividad de

²⁶⁶ Extractado de la página web, <http://www.abogadodelconsumidor.com>, que la que se reconocen como abogados especialistas en protección de consumidores.

²⁶⁷ Efectivamente, no deja de asombrar cuando no sólo “comprometen sus ahorros” sino que, en la actualidad, se compromete, “la herencia de las generaciones futuras”. Existe un elevado número de renunciadas a herencias en las que el causante tan solo deja en la masa hereditaria, la finca –con una gran carga hipotecaria-, de la que ha constituido su vivienda habitual.

²⁶⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 336.

²⁶⁹ ALONSO-CUEVILLA FORTUNY, I. y GÓMEZ DE LA SERNA, R., “El Seguro de la Construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 760/2008, [BIB\2008\2155], pág. 1.

²⁷⁰ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 336.

las autoridades administrativas en cuanto al control del cumplimiento de la Ley lo que produce el altísimo grado de incumplimiento de la misma”.

Cabría preguntarle a la Administración:

- ¿Dónde estabas entonces, cuando tanto te necesité?²⁷¹
- Quizá, durmiendo el sueño de los justos -, podría contestarse.

Su aquiescencia en años de bonanza económica ha provocado la actual situación por la que las entidades involucradas, desconfían de prestarse a ser compañeros de obligación de los promotores. La numerosa jurisprudencia condenatoria de entidades garantes en situaciones que, bajo la perspectiva de estas, escapaban de su control y cuyo incumplimiento y responsabilidad solo era atribuible al promotor, ha provocado una gran inseguridad jurídica.

A dicho resultado, sin duda, se ha unido el hecho de la situación de concurso de muchos promotores, cuando no, la propia liquidación de sociedades promotoras; responsabilizando a las entidades garantes para una mejor protección del consumidor.

Numerosa actividad debía haber sido desplegada por las Administraciones de cada Comunidad Autónoma, toda vez que numerosa normativa estaba siendo incumplida:

En el ámbito estatal:

- Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y la producción agroalimentaria.
- Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre protección de consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.
- Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios²⁷².

En cuanto a la normativa autonómica:

La competencia en materia de vivienda corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud de lo amparado en los artículos 148.1.3ª y 149.3 de la Constitución Española de 1978.

²⁷¹ El último de la Fila, letra de la canción “Insurrección” en disco “Enemigos de lo ajeno”, año 1986.

²⁷² En años anteriores, evidentemente, la norma aún vigente era la Ley 26/1984 de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios que fue derogada expresamente por el RD mencionado.

Prácticamente todas las leyes autonómicas en materia de vivienda, han regulado como infracciones el incumplimiento de las obligaciones relativas al otorgamiento de las garantías que aseguren la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los adquirentes, así como el incumplimiento de las obligaciones de información sobre dicha materia.

En consecuencia, los incumplimientos de las obligaciones legales podrían haber sido sancionados administrativamente, puesto que los mismos han sido considerados infracción administrativa por las respectivas leyes autonómicas sobre vivienda.

Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, tres normas predominantes en relación a la materia objeto de estudio:

El mencionado Decreto 218/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía.

En concreto, el artículo 15.1 del Decreto 218/2005, establece que:

“Las infracciones a lo dispuesto en el presente Reglamento serán tipificadas, calificadas y sancionadas conforme a lo dispuesto en el capítulo IV del Título II de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre”.

Y su apartado 2:

“Son órganos competentes para iniciar, instruir y resolver los expedientes sancionadores iniciados por incumplimientos de lo dispuesto en el presente Reglamento los órganos y unidades establecidos en el Decreto 103/2004, de 16 de marzo, de atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo”.

La Ley 13/2003, de 17 de diciembre²⁷³, de Defensa y Protección de Consumidores en Andalucía.

El Decreto 103/2004, de 16 de marzo²⁷⁴, de atribución de competencias sancionadoras en materia de consumo.

Que en su artículo 2, establece quién será el competente para iniciar el procedimiento sancionador:

²⁷³ BO. Junta de Andalucía 31 diciembre 2003, núm. 251, [pág. 27426] y BOE, de 16 de enero de 2004, número 14, [pág.1757].

²⁷⁴ B.O Junta de Andalucía 19 marzo 2004, núm. 55, [pág. 6914].

“...el titular de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en la provincia donde se haya cometido la presunta infracción”.

Pese a la poca función de control, tampoco puede decirse que sea inexistente y en prueba de ello, merece recogerse una sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, (sede Contencioso-Administrativo, de Granada), de 29 de septiembre de 2008²⁷⁵, que confirmó las sanciones impuestas, por varios motivos y, entre otros, por no otorgar las garantías correspondientes:

FUNDAMENTO DE DERECHO. PRIMERO

“En consecuencia los hechos constatados por la Administración constituyen un incumplimiento de las disposiciones propias de la Ley y del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre Protección de los Consumidores en cuanto a la información a suministrar en la Compraventa y Arrendamiento de Viviendas, que ha de calificarse de infracción administrativa”.

FUNDAMENTO DE DERECHO. SEGUNDO

“...no solo porque el hecho de constituir las garantías con posterioridad a la denuncia no puede considerarse como corrección de las irregularidades, ya que quedaría en el aire la garantía de los contratos firmados con anterioridad, al no acreditarse que estuviesen amparados por la entidad aseguradora con contrato con fecha posterior, sino porque además tampoco consta acreditado que esta corrección se ejecutase antes de la propuesta de resolución, ya que en el expediente administrativo solo consta lo alegado en el trámite de alegaciones y recurso de alzada, de que en esa fecha cumplía el requisito de la Ley 57/68, de 27 de julio (RCL 1968, 1335), aunque no aportó ningún documento que lo acreditase, y fue posteriormente cuando formula demanda, cuando aporta un contrato de afianzamiento mercantil con la entidad Caja ---, de fecha 1 de febrero de 2005, en el que aparece un límite de 370.000 Euros y una referencia genérica de distintos avales ante terceros, pero sin especificar las condiciones ni las operaciones que garantiza, lo cual tampoco constituye ni siquiera una prueba fehaciente de que la conducta hubiese sido corregida, además del hecho infractor estaba constituido por la referida omisión y no puede configurarse como una simple irregularidad, por lo que en consecuencia, procede desestimar lo alegado por la parte Apelante”.

Sin embargo, es importante que la Administración continúe su labor de control en esta materia, agilizando, en la medida de lo posible, su respuesta ante

²⁷⁵ STSJ Andalucía (Granada), número 437/2008, [RJCA\2009\83].

las denuncias de los adquirentes o intensificando su actuación *in vigilando* del cumplimiento de la tan elogiada normativa de protección, objeto de nuestro estudio.

**CAPÍTULO TERCERO.-
LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.
LA IMPORTANCIA DE LA CUENTA ESPECIAL EN
RELACIÓN CON LAS GARANTÍAS PRESTADAS**

El estudio fundamental de nuestro trabajo, aunque inevitablemente hayamos de analizar o adentrarnos en otros aspectos de la norma, es la problemática surgida en relación a las garantías a cuyo cumplimiento es llamado el promotor de viviendas que perciba cantidades anticipadas; garantías desde una concepción amplia, entendiendo por tales, las condiciones que la norma le exige a aquél, al promotor, y que consisten en garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y percibir éstas a través de una cuenta denominada especial.

Tampoco debemos olvidar que la pretensión del legislador es que ambas sirvan a las finalidades, concretas y únicas, de que la vivienda efectivamente se entregue en el plazo pactado y que, en caso contrario, se proceda a la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes más los intereses legales.

Aunque los capítulos siguientes tratan en profundidad y separadamente ambas medidas, en este capítulo, de forma breve, nos planteamos ser algo críticos con el mecanismo ideado por el legislador, ensalzando aquello que acertadamente reguló y poniendo de manifiesto, algunas de sus carencias. Igualmente, analizaremos en profundidad una de las cuestiones que, a nuestro juicio, aún causan duda en cuanto a cómo han de interpretarse en el ámbito de la Ley; dicha cuestión gira en torno al alcance de las pólizas globales de las garantías a la hora de garantizar, por sí mismas, las cantidades anticipadas o por mejor decir, a la existencia de situaciones en que la entidad garante haya de responder de la devolución de las cantidades entregadas cuando exclusivamente existe la póliza flotante del seguro de caución o la línea de avales y no se han emitido, ni los certificados individuales, ni los avales solidarios, auténticas garantías legitimadoras del derecho de los adquirentes²⁷⁶.

MONDÉJAR PEÑA²⁷⁷, afirma que “esta forma de adquirir una vivienda es muy insegura para el comprador, ya que son múltiples los peligros que le acechan hasta que se produce la entrega. Es probable que este negocio, tal vez el más importante de toda su vida, se convierta para algunas personas en una adquisición muy arriesgada al ser mucho los avatares que pueden dar lugar a que el comprador no llegue a obtener una plena en su adquisición”. Destacando entre otros: que las cantidades no sean aplicadas a la propia construcción, que los

²⁷⁶ Sobre el alcance de las pólizas flotantes de seguros, véase CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit., páginas 69 y siguientes y “El Seguro de Caución...”, op. cit.; BERGAMÍN SERRANO, F. J., “El seguro de caución y el primer requerimiento”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (*Dirs.*), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005; EMBID IRUJO, J.M., “Problemas actuales del seguro de caución...”, op. cit. y SERRANO CHAMORRO, E., “El seguro de caución: especial referencia al contrato de obra”, *Revista de Derecho Privado*, 1988, páginas 737-746.

²⁷⁷ MONDÉJAR PEÑA, M.I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, *RJUAM*, núm.16, 2007-II, páginas 209-221. Sobre otros problemas de los adquirentes, véase: CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, *RDU*, núm. 182, 2000; GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de pre-horizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, 1982; MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, *RDP*, 1981 y DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas” en DE LEÓN ARCE. (*Dir.*) *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Valencia, 2000.

terrenos se venda a un gestor, que la finca se encuentre gravada con cargas ocultas, que se venda a distintos compradores, etc.

Por ello continúa: “el legislador, consciente de esta problemática, ha intentado paliar las aristas más agudas de esta situación introduciendo, sobre todo a partir de los años sesenta, época de frecuentes fraudes inmobiliarios, unas medidas de aseguramiento y cautelas²⁷⁸”.

Nos adentramos sin dilaciones, en una somera visión de las medidas de aseguramiento²⁷⁹, necesaria aunque reiterada, para intentar argumentar la verdadera importancia de la apertura de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades anticipadas en ella, en relación con el entramado proteccionista del adquirente, ideado por el legislador del año 1968.

Antes de ello, debemos indicar que el encuadre en la Ley de Ordenación de la Edificación de la regulación de la norma, nos parece muy acertado, no siendo tan idóneo, que realice a través de una disposición adicional en vez de enmarcarlo en el articulado de la misma.

I. LA CUENTA ESPECIAL

Para que cobre sentido que el promotor solicite cantidades anticipadas a los adquirentes, es lógico que sea con el objetivo de dedicarlas a la construcción de la vivienda y ello le facilite cumplir con su obligación de entregarla en el tiempo estipulado en el contrato de compraventa (plazo que establece él mismo según su propia planificación). La cuenta especial, separada de otros fondos del promotor y con una limitación de disposición en el sentido establecido por la Ley²⁸⁰, cumple en parte (pues ello no impide una mala gestión de los fondos que comprometa el objetivo) dicha finalidad²⁸¹.

Para poder exponer claramente el doctrinalmente debatido tema indicado al principio sobre el alcance de las pólizas flotantes de las garantías, debemos situarnos nuevamente en el sistema de medidas de aseguramiento ideado por el legislador, debiendo resaltar en cuanto a la cuenta especial dos aspectos

²⁷⁸ Nota a pie de página también de la autora: “El carácter arriesgado de estas adquisiciones ha sido destacado en la STS de 22 de septiembre de 2005 [RJ\2005\8795] al declarar que en estos contratos de vivienda en construcción los compradores no adquieren la propiedad, sino que solo pueden exigir al vendedor que se la entreguen en las condiciones pactadas en los mismos”.

²⁷⁹ Terminología empleada por ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., capítulo 5, pág. 115 y siguientes.

²⁸⁰ GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, op. cit., pág. 2, se expresa de la siguiente forma al referirse a dicha cuenta especial: «cuenta bancaria especial de depósito de las cantidades entregadas a cuenta por los cesionarios-adquirentes, con probada higiene contable de los ingresos y cargos, subjetivizados los primeros y finalistas los segundos».

²⁸¹ En este sentido consultado: CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores para cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas”, op. cit. y MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio en relación con el artículo 517.2.9º LEC”, op. cit.

fundamentales, a saber, la escasa regulación de la misma por el legislador y los obligados en relación a la misma.

1. INSUFICIENTE REGULACIÓN

Pese a la importancia que la misma tiene, el legislador no entra a regular de manera detallada cómo ha de disponerse de dicha cuenta, cuáles son las facultades de la entidad financiera, ni cómo es control que por la misma ha de hacerse.

En la última reforma, que ha sido intensa en lo relativo a las garantías y los requisitos que las mismas han de reunir para que puedan servir como tales garantías, no le ha dedicado ni tan siquiera una palabra más a esta medida, con respecto a la que parece conformarse estableciendo la responsabilidad de las entidades financieras a la hora de su apertura, sin que, ni siquiera ello, esté libre de polémicas.

En este sentido baste recoger la opinión de ESTRUCH ESTRUCH²⁸², que afirma: “...es igualmente manifiesto que las entidades de crédito tampoco comprueban que las cantidades de la cuenta especial de las que dispone el promotor-vendedor se destinan única y exclusivamente a satisfacer las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, a diferencia de lo que hacen las mismas entidades de crédito respecto de las cuentas aperturadas especialmente para la recepción por las promotoras de créditos destinados a la construcción, en cuyo caso sí que controlan exquisitamente el destino de los fondos de los que dispone el promotor”.

O como afirma CAMACHO DE LOS RÍOS²⁸³, “...el banco permite al promotor que retire fondos ingresados sin que sea necesario que demuestre su destino, ya que nos encontramos ante un depósito de disponibilidad...”

Sin embargo, en la práctica, se ha podido observar cómo los promotores, ante la fiscalización de dichas cuentas por parte de las entidades financieras, han optado por utilizar cuentas ya abiertas o sencillamente, abrirlas en entidades sin comunicar que se trata de una cuenta especial²⁸⁴. En ambos casos,

²⁸² 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, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, op. cit.

²⁸³ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit. pág. 65. Véase también CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador...” op. cit., pág. 15.

²⁸⁴ Sobre cuentas bancarias en general, BAÑO ARACIL, J., “Reflexiones en torno a la cuenta bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, CUÑAT EDO, V. y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (Dir.), 2ª edición, Pamplona, 2002; EMBID IRUJO, J. M., “La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito”, en *Contratos Bancarios & Parabancarios*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Valladolid, 1998; FERRANDO VILLALBA, Mª L., “El contrato de cuenta corriente”, en *Contratación bancaria*, ORDUÑA MORENO, J. y TOMILLO URBINA, J. L., (Dir.), Tomo I, Valencia, 2001; GARCÍA

desconociéndolo la entidad o bien, conociéndolo pero sin poder actuar frente a hechos consumados, no son pocas las resoluciones judiciales que han extendido la responsabilidad de dichas entidades más allá de lo legalmente establecido.

Ni siquiera, el incumplimiento de la obligación de abrir una cuenta especial (obligación, sin lugar a dudas, del promotor), constituye infracción sancionable según lo dispuesto en la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma, como sí lo es la no constitución de las garantías²⁸⁵.

Sin embargo, tanto una –apertura de la cuenta especial- como otra -garantizar las cantidades anticipadas- condición, tienen trascendencia en el mecanismo ideado por el legislador como veremos.

2. LAS OBLIGACIONES

2.1. PERCIBO DE LAS CANTIDADES E INGRESO DE LAS MISMAS EN LA CUENTA ESPECIAL

El promotor está expresamente obligado a “percibir” las cantidades anticipadas a través de ella; debiendo indicar la numeración de la misma, en el contrato de compraventa así como en la publicidad.

Percibir no es ingresar.

El obligado al ingreso, como tal, según la norma, es el adquirente. En el artículo/apartado²⁸⁶ relativo a la información contractual, establece que se designará la cuenta a través de la cual “...se ha de hacer entrega por el adquirente...”; al igual que se indica que es obligación del promotor “percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes”.

Es normal que dicha obligación se imponga al adquirente, pues en los años de promulgación de la Ley 57/1968, era práctica habitual que los adquirentes realizaran los pagos en efectivo o mediante transferencias. De hecho, la Ley habla de “entregas de dinero”.

Posteriormente, dicha práctica cambió y entonces lo habitual era, la aceptación por los adquirentes, a propuesta del promotor, de efectos cambiarios para el pago de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas.

MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit. y BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”, Vol. II, 15ª edición, Madrid, 2008.

²⁸⁵ Apartado Siete, párrafo segundo de la disposición adicional primera de la LOE, según modificación reciente de la misma.

²⁸⁶ Artículo X de la Ley 57 y Apartado Tres de la DA 1ª tras la modificación de 2015.

2.2. LA DOMICILIACIÓN DE LOS EFECTOS CAMBIARIOS

En los años anteriores a la aprobación de la Ley de Ordenación de la Edificación, que sucedió en 1999, había sido habitual el uso de dicho medio de pago, los efectos cambiarios, por lo que acertadamente el legislador, desdobló dicha obligación en relación al percibo de las cantidades en la cuenta especial, fijando en la letra c) de la disposición adicional primera, que la garantía "...se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo –de cuyo ingreso en la cuenta especial, seguiría siendo obligado el adquirente de la vivienda- o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial...". Esta orden última, está efectivamente, dirigida al promotor, el que, a través del descuento bancario, ha incumplido sistemáticamente dicha obligación de ingreso/domiciliación del efecto cambiario en la cuenta especial.

Como afirma CARRASCO PERERA et al²⁸⁷, "Es frecuente que el anticipo se instrumente en una letra de cambio apareciendo el cesionario como aceptante de las letras giradas por el promotor y descontadas por el banco, por lo que desconocerá el destino de los fondos, apareciendo tan solo una anotación en la cuenta especial de los distintos efectos cambiarios. Es imposible que se pueda cumplir por parte del aceptante con la obligación de hacer el pago en una cuenta especial, tanto más cuanto en esa cuenta lo que se habrá ingresado, si acaso, es el descuento pagado por el banco tenedor de la letra. Si el efecto cambiario es un cheque, hay que recordar que éste siempre se libra contra un banco (artículo 108 Ley Cambiaria y del Cheque). Podrá cruzarse un cheque, en cuyo caso solo podrá pagarse a un banco o cliente de un banco, mediante anotación en cuenta (artículo 144 Ley Cambiaria y del Cheque). Pero en cualquier caso qué tipo de cuenta sea sigue sin ser incumbencia del librador del cheque".

Rechazamos de pleno la posibilidad del descuento bancario, y ello en base a que tiene efectos negativos en el sistema protector regulado para el adquirente de viviendas que anticipa cantidades para su construcción:

- Provoca que el promotor, anticipe aún más el cobro de las cantidades ya de por sí anticipadas en la compra de la vivienda,

En palabras de ESTRUCH ESTRUCH²⁸⁸, estos efectos se descontarán por el promotor "...para poder disponer de modo inmediato de una parte del nominal de la letra".

- Impide que el total de las cantidades anticipadas mediante dichos medios de pago se destine, desde el descuento, a las "atenciones derivadas de la construcción de las viviendas", puesto que se

²⁸⁷ CARRASCO PERERA, Á., AAVV, "Derecho de la Construcción y la Vivienda", op. cit., pág. 536.

²⁸⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op- cit., pág. 212. Véase también ALONSO BEZOS, J. J., "Letras de cambio. Excepciones oponibles por el deudor cambiario. *Exceptio doli*. STS nº 467/2014, de 25 de noviembre de 2014 [RJ\2014\6008]", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015, *Editorial Aranzadi, S.A.*, [BIB\2015\563]. Interesante también MARQUÉS NARVÁEZ, J. M. "Medios de pago en la compraventa internacional", *ESIC/ICEX Editorial*, Madrid.

descontará del importe de cada uno de dichos medios, la comisión y gastos correspondientes al contrato de descuento pactado.

- No permite la domiciliación concreta de los medios de pago mencionados en la cuenta especial, pues, como explicamos, la cuenta de destino de las cantidades anticipadas será la indicada en la línea de descuento “genérica” que el promotor tenga con la Entidad Financiera concreta y para todos los efectos cambiarios, sin diferenciar el origen de los mismos, y sin poder indicar un número de cuenta diferente al ya pactado en la propia póliza.

- Escapa al control de la propia Entidad Financiera:

- a) Es posible que la Entidad que realiza el descuento de los efectos cambiarios sea la misma que ha abierto la cuenta especial al promotor. Aun coincidiendo, la Entidad Financiera no podrá conocer si el efecto que está descontando el promotor sirve como medio de pago de cantidades anticipadas, ni tampoco a qué concreta promoción corresponde si el promotor no se lo comunica, por lo que no podrá, por desconocerlo, oponerse al descuento ni exigir el ingreso en la cuenta especial de la promoción donde debería ingresarse.
- b) En el supuesto de que la Entidad Financiera que procede al descuento sea distinta de la que abrió la cuenta especial, un control por parte de la Entidad Financiera en este sentido es totalmente imposible.

Por ello insistimos en que las modificaciones operadas por la LOE en el año 1999, no fueron más que confusas y carentes de la profundidad requerida.

Del mismo modo, la reciente reforma realizada a la disposición adicional primera de la LOE, merece dicha crítica y si cabe con más énfasis, puesto que sigue manteniendo la obligación de ingreso del adquirente pero no incorpora la obligación de domiciliación por el promotor y lo que es más, no plantea la prohibición del descuento de los efectos cambiarios, no solo porque el ingreso nunca llega a la cuenta especial (porque podría consentirse siempre que se realizara cumpliendo dicho requisito, el cual es posible firmando una póliza de descuento específica para el descuento de los efectos cambiarios de cada promoción) sino porque con el descuento, nunca se dispone por el promotor, del total de la cantidad anticipada por el adquirente (al ser objeto de descuento) y por ende, nunca se aplicará la totalidad de las cantidades anticipadas, a las “atenciones derivadas de la construcción de viviendas”.

En conclusión, se mantiene por la jurisprudencia y por la doctrina, en palabras, totalmente acertadas de CAMACHO DE LOS RÍOS²⁸⁹, que “...por vía indirecta la Ley hace recaer sobre el cedente la obligación del ingreso, pues es a él a quien corresponde fijar las condiciones de la promoción y al cesionario simplemente cumplirlas. Por eso, el cesionario estará obligado a realizar dicho ingreso solo si el cedente acepta éste como única forma de anticipar los fondos”.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL

Tanto la Sala de lo Penal como la Sala Civil del Tribunal Supremo mantiene la rotunda afirmación de que la obligación de *ingresar* las cantidades anticipadas es del promotor-vendedor:

[SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, NÚM. 309/2014, DE 15 DE ABRIL, \[RJ\2014\2448\]. SALA DE LO PENAL. SECCIÓN 1ª](#)

En el supuesto enjuiciado, las cantidades se habían entregado en efectivo y mediante cheque, por lo que razonablemente, incumbía al promotor, como no podía ser de otra manera, su ingreso en la cuenta especial.

Fundamento de Derecho Decimosexto.

“El promotor tiene la obligación legal de garantizar la devolución de dichas cantidades, y la prohibición de gastarlas si no están garantizadas. Si las emplea, incumpliendo su obligación de garantía, las está distrayendo, aun cuando las dedique a la construcción, pues la Ley le obliga a *ingresarlas* en una cuenta especial, y le prohíbe disponer de ellas si no están garantizadas en la forma que imperativamente establece la normativa legal”.

²⁸⁹ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit. Puede verse en cuanto a los efectos cambiarios de CARRASCO PERERA, Á., “Las miserias de pagar el precio aplazado de la vivienda futura a través de letras de cambio. Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2014”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2014.

[SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 13 DE ENERO DE 2015, \[RJ/2015/352\]. SALA PRIMERA CONSTITUIDA EN PLENO](#)

En este caso, existía una estipulación en los contratos de compraventa donde expresamente se establecía que era la parte vendedora la obligada a ingresar las cantidades en la cuenta especial. Pese a ello, el Tribunal dicta doctrina jurisprudencial con el siguiente tenor:

*FUNDAMENTO DE DERECHO.
CUARTO.*

“Se declara como [doctrina jurisprudencial](#):

1. De acuerdo con el [art. 2](#) de la [Ley 57/1968 \(RCL 1968, 1335\)](#), es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.

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

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

Por último, mencionaremos dos sentencias de años atrás que merecen ser resaltadas y sobre las que volveremos en los apartados siguientes, en las que se afirmaba claramente que el promotor era el obligado a realizar el ingreso de las cantidades exclusivamente atendiendo a los hechos concretos. En ambas, se argumentaba por la entidad aseguradora como vía para eludir el pago de la indemnización que las cantidades no habían sido ingresadas en la cuenta especial, salvo estar así pactado en el contrato de seguro y en la documentación entregada y firmada al adquirente. En ambos casos, no era lógica la oposición de las entidades garantes-aseguradoras, puesto que las cantidades o parte de ellas, ya se habían entregado previamente a la contratación de la garantía, al promotor, por lo que éste y solo éste, podía ser el obligado a dicho ingreso:

[SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, NÚM. 798/1997, DE 22 DE SEPTIEMBRE, \[RJ\1997\6410\]. SALA DE LO CIVIL.](#)

Fundamento de Derecho 1.

“Del hecho de que los compradores (actores) hubieran entregado las cantidades antes de firmarse la póliza de seguro –lugar donde se establece «que solo se garantizarán las cantidades que se ingresen en la cuenta especial» se infiere que era el tomador del seguro quien tenía la obligación de ingresar las cantidades recibidas por los compradores en la cuenta especial”

[SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998, \[RJ\1998\9983\]. SALA DE LO CIVIL.](#)

Fundamento de Derecho Primero.

“No puede exigirse a los asegurados que hubiesen pagado todas las cantidades que reclaman a través de la cuenta especial exigida por la citada Ley; el pago en efectivo y de las cambiales ya lo efectuaron antes del seguro a la promotora-vendedora, y no consta que al concertarse el mismo se devolvieran aquéllos para que los ingresasen los compradores en la susodicha cuenta especial, luego es claro que sobre la promotora-vendedora recaía la obligación de abrir esa cuenta para los pagos posteriores al seguro y para ingresar los anteriores...”

II. LAS GARANTÍAS PARA LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS

Al igual que con la cuenta especial debemos insistir en realizar algunas puntualizaciones ya realizadas en capítulos anteriores, relacionadas con las garantías propiamente dichas.

Para poder exponer claramente el doctrinalmente debatido tema indicado al principio sobre el alcance de las pólizas flotantes de las garantías, debemos situarnos nuevamente en el sistema de medidas de aseguramiento ideado por el legislador, debiendo resaltar en cuanto a la cuenta especial dos aspectos fundamentales, a saber, la escasa regulación de la misma por el legislador y los obligados en relación a la misma.

1. EL ORDEN LEGAL PARA CONTRATAR POR EL PROMOTOR, LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO

Hemos comentado anteriormente, he inevitablemente volveremos a insistir, que las garantías contratadas con carácter previo a la apertura de la cuenta especial, no pueden ser consideradas las garantías en sentido estricto y por ende, no pueden obligar a aquel que no ha sido parte en su formalización. No serán sino, el certificado individual o el aval solidario, los documentos que garanticen al asegurado y beneficiario, respectivamente, la devolución de las cantidades anticipadas para la construcción²⁹⁰.

También hemos comentado que el RD 2114/1968, regulador del régimen aplicable a la construcción de viviendas de protección oficial, introdujo la obligación de adjuntar a la solicitud de autorización para recibir cantidades a cuenta del precio de forma anticipada en la construcción de viviendas de protección oficial, la garantía suficiente que garantizara dicha devolución. Este Real Decreto es el responsable, a nuestro juicio, del orden secuencial incorporado en la Ley 57/1968, según el cual la Entidad Financiera debería controlar la contratación de dichas garantías para la apertura de la cuenta especial, garantía que, en ningún caso, es suficiente, puesto que nos encontraríamos ante una póliza flotante de seguro de caución o línea de avales, que no cubren, aún, a ningún asegurado, en el caso de seguro de caución, ni garantiza, aún, a ningún beneficiario, en el caso de aval solidario.

²⁹⁰ BENAVENTE SEGORB, R., “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, op. cit. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op. cit.; MONDÉJAR PEÑA, M^a. I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 723.

Este orden además, genera en cada comprador, la confianza equivocada de que las garantías contratadas son las eficaces a los fines pretendidos, confundiendo a todos los implicados en la relación.

Posteriormente, volveremos sobre ello. Cabe someramente, analizar qué ha hecho el legislador del 2015.

2. GARANTÍAS EN SENTIDO ESTRICTO

El legislador de 2015 ha entrado a regular expresamente los requisitos del seguro de caución y del aval solidario para que puedan servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, hablando tanto de la “póliza de seguro individual por cada adquirente” como del “aval a emitir por la entidad de crédito”²⁹¹.

La nueva regulación aunque quizá se revele insuficiente, no podemos sino elogiarla en este sentido; si bien, sigue manteniendo la exigencia de que la cuenta especial se abra posteriormente a la constitución de un contrato entre entidad garante y promotor-tomador-avalado que, en nada protege al adquirente-asegurado-beneficiario, en vez de haber reforzado la importancia de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades en la misma.

La importancia de los documentos individualizados es fundamental y como afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de abril de 1995²⁹²:

“...ha de reconocerse la importancia de las pólizas individuales para entender consolidado y definido en su alcance el seguro de afianzamiento que la Ley prevé como auténtica garantía. Aquellas reflejan la identidad del adquirente beneficiario, el quantum de las sumas anticipadas, la prima congruente con ellas y el plazo de duración de la garantía y la efectividad de su abono, todo como justa contraprestación al riesgo asumido por la aseguradora” y concluía que, “...el objeto del contrato del seguro es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados –adquirentes- por las pólizas individuales que forman parte de él, para el caso de que la construcción de la vivienda especificada en las condiciones particulares de cada una de dichas pólizas individuales no se iniciase o no llegare a buen fin”.

²⁹¹ La doctrina venía insistiendo en todas las carencias de la Ley 57/1968. Así manifiesta BENAVENTE SEGORB, R., “El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE”, Cuestiones actuales de Derecho de Seguros, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS (Coord.), Ed. Atelier, Barcelona, 2002, páginas 290 y siguientes, cuando afirma: “...de larga pero nada pacífica vigencia sobre las que la doctrina ha venido haciendo consideraciones de *lege ferenda* y poniendo de relieve sus carencias...”.

²⁹² CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit., 1997, pág. 73.

Así lo interpretó acertadamente, la Dirección General de Seguros en su Resolución de 26 de septiembre de 1983, cuando señaló que la formalización del constructor de una póliza colectiva de afianzamiento de cantidades anticipadas no significa ninguna asunción por la aseguradora a favor de los adquirentes, sino que dicha garantía se constituye desde la emisión del certificado individual de seguro.

III. EL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL

El legislador, a nuestro juicio, ideó un sistema no tan imperfecto como a simple vista parece, aunque algunos aspectos merecen una revisión (recuérdese lo indicado sobre el descuento de efectos cambiarios). Conocedor, como no puede ser de otra manera, de que las únicas garantías que podían tenerse contratadas en el momento de la cuenta especial, serían las pólizas flotantes de seguro de caución o bien la línea de avales y que, las únicas garantías eficaces son las denominadas “individuales” las cuáles no es posible emitir hasta que se conozca al asegurado-beneficiario, que será en el momento de la firma del contrato de compraventa, exigió el ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas y posteriormente, exigió también, la domiciliación, por parte del promotor, de los efectos firmados y aceptados por el adquirente. Obligaba además, al promotor, a publicitar e incluir como contenido contractual el número de cuenta. Carecería de sentido tantas molestias si no existiera un por qué más allá de que las cantidades se destinaran efectivamente a la construcción; porque el hecho de que se destinen o no con separación de otros fondos no garantiza: ni la entrega de la vivienda en plazo, ni el inicio de las obras en plazo, ni una gestión adecuada de los fondos disponibles por parte del promotor, etc.

El sentido de dicha obligación, ha de ponerse en relación con las propias garantías y con la dilatadamente discutida cuestión de si la póliza flotante del seguro de caución, o la línea de avales, simplemente por el hecho de recoger en el contenido contractual de las mismas, la mención general de los, asegurados o beneficiarios, destinatarios de dicha cobertura o fianza a prestar, mediante afirmaciones tales como “con la finalidad de garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas de la promoción X”, deben garantizar o no la devolución de las cantidades anticipadas por dichos adquirentes, sin haber emitido la póliza individualizada o el aval solidario.

LA OBLIGACIÓN DEL INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL

Compartimos con CAMACHO DE LOS RÍOS²⁹³, la afirmación de que “...la Ley recogió en su articulado un régimen jurídico especial respecto al modo en que se han de percibir los anticipos, lo que afecta, muy directamente al régimen de constitución de estas garantías: en especial, y a los efectos que nos interesa, lo relativo a la cuenta especial”.

Y es cierto que, como hemos indicado, la Ley 57/1968, con la modificación posterior de 1999, dejó un claro régimen en relación a la cuenta especial, concretando en la obligación de que el promotor debía percibir a través de la misma. Igualmente, el adquirente debía ingresar las cantidades que anticipara

²⁹³ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit., 1997, pág. 73.

a través de la misma y el promotor, debería domiciliar los efectos cambiarios aceptados por los adquirentes.

Efectivamente, como afirma DIÉGUEZ OLIVA²⁹⁴, “...no puede hacerse recaer sobre el adquirente las consecuencias de no cumplir con la misma...”, refiriéndose a la obligación de ingresar las cantidades en la cuenta especial cuando la entrega se realiza mediante la aceptación de efectos.

LA FALTA DE INGRESO EN LA CUENTA ESPECIAL

No debemos olvidar que tanto la garantía prestada mediante seguro de caución como la prestada mediante aval solidario, tienen un origen legal, esto es sus características vienen determinadas por la propia Ley 57/1968 que las regula.

Tampoco podemos olvidar, el funcionamiento propio de las respectivas garantías; en este sentido, ambas garantías nacen con la contratación de una póliza flotante o línea de avales entre entidad garante y promotor, que permite agrupar a una “pluralidad de intereses o personas”²⁹⁵.

Sin embargo, la póliza global no significa con carácter general, ninguna asunción, por parte de la entidad garante, de garantías favor de los futuros adquirentes. La garantía la constituye propiamente, el certificado individual o el aval solidario.

Además, ha de tenerse presente que una vez emitidas éstas, es indiferente que las cantidades se hayan ingresado o no en la cuenta especial.

¿Qué especialidad tienen entonces las garantías prestadas en virtud de la Ley que regula la devolución de las cantidades anticipadas y cuáles son las consecuencias del no ingreso en la cuenta especial?

Para responder a ello, analizamos separadamente ambas garantías.

²⁹⁴ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción...”, op. cit., pág. 11. Véase en el mismo sentido, MUÑOZ DE DIOS, G. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, op. cit. y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas...”, op. cit.

²⁹⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, en “Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, en VERDERA (*Dir.*), vol. I, páginas 499-513 y del mismo autor, “Póliza flotante y seguro en abono”, op. cit. y CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución...”, op. cit., pág. 31. Sobre avales: NIETO CAROL, U, y BONET SÁNCHEZ, J. I. (*Coord.*), “Tratado de garantías en la contratación mercantil”, 3 vols., *Editorial Civitas*, Madrid, 1996; MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLÓREZ, J. R., y otros, “Manuales de Empresa. Operaciones Bancarias”, *Editorial CISS, S.A.*, Valencia, 1998; BARRÉS BENLLOCH, M^a P., “El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas”, op. cit. y EMBID IRUJO, J. M., “Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro. Comentario a la STS 1 diciembre 1989, AR\1989\8785”, en BATALLER/BOQUERA/OLAVARRÍA, páginas 677-683.

LA GARANTÍA PRESTADA MEDIANTE SEGURO DE CAUCIÓN

En el contexto indicado anteriormente, debemos traer nuevamente a colación la Orden de 29 de noviembre de 1968, para comprender qué buscó el legislador y cómo añadió, desapercibidamente para muchos, una nueva protección para el adquirente.

En ella, se incluía para la entidad aseguradora, la facultad de comprobar “... particularmente,...el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto”.

De una rápida lectura de dicha Orden, se aprecia la importancia que la misma otorga a la cuenta especial, aunque sea al menos, por su reiterada mención a la misma.

Esta facultad es fundamental:

1.- La entidad aseguradora, debería indemnizar a todos aquellos adquirentes a los que hubiera emitido una póliza individualizada puesto que, cada asegurado, sin lugar a dudas, está legitimado por medio del certificado individual de seguro o póliza individual, pero además,

2.- La entidad aseguradora, y aquí reside la especialidad de la Ley, deberá también indemnizar, a aquellos adquirentes, que si bien no les hubiera emitido una póliza individual –por distintos motivos-, y por ello, no les constara a la entidad garante como asegurados, por todas aquellas cantidades que se hubieran ingresado en la cuenta especial; puesto que, y aquí sí cobra sentido dicha facultad otorgada a la entidad aseguradora, dicha entidad, puede conocer, a través del movimiento de la cuenta especial, si existen cantidades entregadas por adquirentes que, por cualquier causa, no le hubiera comunicado el promotor²⁹⁶.

Además, cobra sentido también, el hecho que la falta de pago de la prima por el promotor, no pueda ser oponible al asegurado por la entidad garante, puesto que ella sí que conocía, o estaba en su mano conocer, dicho ingreso o nuevo asegurado-adquirente de la promoción.

Por ello, si un comprador se dirige a la entidad garante (que conoce por la publicidad y el contenido del contrato de compraventa, o debiera conocer), acreditándole el ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial, la

²⁹⁶ Sobre el deber del tomador de declarar o declarar la exposición del interés al riesgo, léase BENAVENTE SEGORB, R., “El reparto de las cargas y de las obligaciones entre el tomador y los asegurados en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de una vivienda futura y las distintas excepciones oponibles por el asegurador”, Revista Española de Seguros, núm. 95, 1998, páginas 465 y siguientes. MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas...”, op. cit., 2011, página 18, igualmente establece que dicho deber de comunicación “...cabe entenderlo implícito por ser presupuesto para que el asegurador pueda conocer tal exposición y, subsiguientemente, extender la póliza individual”. También puede verse ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., 2009.

aseguradora no podrá, en ningún caso y bajo ningún concepto, negarse a emitir la póliza individual correspondiente.

3.- El único supuesto en que no puede exigirse a la entidad aseguradora que indemnice al adquirente, es cuando ni existe póliza individualizada, ni tampoco las cantidades han sido ingresadas en la cuenta especial (independientemente de quién incumpla con su obligación, si el adquirente que pudo ingresar el efectivo –siempre que tenga el dato de la cuenta especial-, o el promotor, por deber domiciliar el efecto cambiario).

Nos falta una última puntualización y una matización sobre la interpretación que alguna doctrina da sobre la facultad recogida en el apartado 4 j) de la Orden citada, a saber, la de dejar de emitir nuevas pólizas individuales cuando de modo fehaciente se comprobare cualquier incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968 por parte del promotor contratante del seguro.

Evidentemente, en virtud de lo anterior, la entidad aseguradora podrá también poner fin al contrato por dicho incumplimiento pero ello no afectaría ni a los que ya estuvieran legitimados a través del correspondiente certificado individual del seguro, ni tampoco a aquellos cuyas cantidades estuvieran ya ingresadas en la cuenta especial, al margen de que se hubiera emitido o no el certificado individual. Ningún incumplimiento además, de los establecidos en la Ley podría dar lugar a que alguno de los adquirentes se quedara sin la protección que se regula por este sistema puesto que si el promotor: no ha abierto la cuenta especial, ni tampoco ha incluido la información en la publicidad, ni en los contratos, etc., no se daría nunca la situación de que el ejercicio de resolver el contrato de seguro por la aseguradora, perjudicara a algún adquirente antes de realizar el ingreso en la cuenta especial²⁹⁷.

Así pues, ante la pregunta concreta sobre si la entidad garante, entidad aseguradora, puede negarse a pagar la indemnización cuando las cantidades anticipadas no se hayan ingresado en la cuenta especial, la respuesta es clara:

- nunca, si se emitió certificado individual a favor del adquirente, extraño en la relación entre el garante y el promotor.
- siempre, si nunca se emitieron los documentos individualizados y únicamente existe la póliza flotante del seguro de caución.

Si las cantidades anticipadas han sido ingresadas en la cuenta especial, aunque no se emitiera el certificado individual, siempre debería responder la entidad aseguradora y ello, en base a dicha facultad concedida para poder

²⁹⁷ Es interesante, llamar la atención sobre el apartado 2 del artículo 592, relativo al seguro de caución del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y cuya Ley aún no se ha publicado. En el mismo se indica, tras una copia exacta de la definición del seguro de caución realizada en la LCS: “2. Será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración establecido”. Evidentemente, dicha autorización va referida a la resolución del seguro propiamente dicho –póliza individual de seguro de caución- o, en nuestro caso, certificado individual del seguro de caución al amparo de la normativa objeto de estudio.

supervisar los movimientos de la cuenta especial. Si en una concreta promoción, la totalidad de las cantidades anticipadas, hubieran sido ingresadas en la cuenta especial, la entidad aseguradora debería responder de la totalidad de las cantidades anticipadas de una promoción –todas ingresadas en la cuenta especial-, aunque no hubiera emitido ni un solo certificado individual.

Por último comentar que, erróneamente, las entidades aseguradoras, suelen oponer la falta de ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas para evitar el pago de la indemnización, cuando han emitido los certificados individuales. Evidentemente, dicha argumentación no prospera, puesto que, como hemos razonado, la obligación del ingreso en la cuenta especial, tan solo es determinante, para que puedan entenderse cubiertas dichas cantidades por el contrato de seguro de caución, cuando no se han emitido los certificados individuales; evidentemente, sí prosperaría la oposición a realizar el pago de la indemnización cuando dichas cantidades –sobre las que no se emitió certificado individual-, tampoco aparecen ingresadas en la cuenta especial, y ello, al margen de si el incumplimiento del ingreso se produce por el adquirente o bien por el promotor, puesto que, si bien los derechos del adquirente son irrenunciables y el incumplimiento del promotor no puede trasladarse al adquirente, dicha falta de ingreso –por cualquiera de los dos-, tampoco podría ser trasladable a la entidad aseguradora.

LA GARANTÍA PRESTADA MEDIANTE AVAL SOLIDARIO

El sistema articulado, tiene su lógica plena en el supuesto de garantía prestada mediante aval solidario, puesto que la propia entidad financiera que presta la garantía para la devolución de las cantidades anticipadas, podrá controlar los movimientos de la cuenta especial y exigir al avalado la petición de emisión del aval a favor de adquirente y el cobro de la correspondiente comisión o gasto al promotor y, en caso de negativa, a proceder al cargo en cualquier cuenta que el promotor-avalado, mantenga con saldo positivo en la Entidad (habitualmente, en las propias líneas de avales, se pacta dicha posibilidad de cobro inmediato y directo sin necesitar la autorización u orden del avalado-cliente que suscribió la línea de avales).

Parecía el supuesto más fácil y sin necesidad de entrar a regularlo.

Sin embargo, el sistema, es fácilmente eludible por el promotor:

A.- Basta, con que la entidad financiera donde se abra la cuenta especial, sea diferente de la que presta la garantía, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con los seguros de caución, siempre deberá absolverse a la entidad financiera que no emitió los avales solidarios pese a que tuviera contratada la línea de avales (pero no la cuenta especial), y ello, aunque en la propia línea se establezca de forma clara que la finalidad de los avales será para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas de una promoción concreta.

B.- Tampoco debería responsabilizarse a la entidad financiera, por las cantidades ingresadas en cualquier cuenta abierta previamente al promotor, de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas pues, desconoce, su responsabilidad y nunca podrá exigir la contratación de la garantía con carácter previo, ni realizar control alguno sobre la disposición de dichos fondos.

En definitiva, no se le podría responsabilizar:

- ni por ser la entidad garante, aunque en estos casos puede ser discutible atendiendo a particularidades concretas,

- ni por ser la entidad depositante, que simplemente recibe dichos fondos en cualquier cuenta previamente abierta al promotor (que no es especial aunque el promotor la utilice para además de otros fines, realizar los ingresos de las cantidades anticipadas de una concreta promoción, desconociéndolo la entidad financiera), y para la que no pidió, por motivos obvios, las garantías exigidas; pues aunque, posteriormente la entidad financiera detectara dicha irregularidad, no podría hacer nada al respecto.

La línea de avales es distinta de la póliza flotante del seguro de caución. Para que la garantía prestada mediante aval solidario sea válida, es necesaria la emisión del aval o carta de aval. El mecanismo de protección, sin embargo, no deja de funcionar, siempre y cuando, la entidad financiera donde se abra la cuenta especial y con la que se contrate la línea de avales, sea la misma. En caso que fueran diferentes, si la entidad financiera que otorgó la línea de avales al promotor, nunca emitió un solo aval, por mucho que existieran cantidades ingresadas en la cuenta especial abierta en otra entidad, la entidad financiera de la línea, nunca respondería frente a los adquirentes que no tuvieran el aval propiamente dicho, puesto que, el legislador no les ha otorgado –a las entidades financieras-, como en el caso de las entidades aseguradoras, facultad alguna para poder consultar los movimientos de la cuenta especial, y ello, puesto que el legislador, como decíamos, a nuestro juicio, da por hecho que la entidad financiera que presta ambas medidas (cuenta especial y garantía), es la misma.

Si nos preguntamos nuevamente si la entidad garante, en este caso entidad financiera, puede negarse a pagar el importe de las cantidades anticipadas, cuando dichas cantidades no se hayan ingresado en la cuenta especial, la respuesta es clara:

- nunca, si se emitió aval solidario a favor del adquirente.

- siempre, si nunca se emitió aval solidario.

Si las cantidades se hubieran ingresado en la cuenta especial, pero nunca se hubiera emitido aval solidario, la entidad financiera podría negarse a pagar:

- nunca, si la cuenta especial, también se encontraba abierta en su entidad, puesto que debió exigir al promotor que solicitara la emisión del mismo y pagara dicha emisión.

- siempre, si nunca se abrió la cuenta especial en su entidad.

Así pues, otra de las modificaciones que el legislador debería considerar realizar, si pretende que la garantía prestada por la entidad financiera entre en el juego de la cobertura de la devolución por las cantidades ingresadas en la cuenta especial, consistiría en que se exigiese que, la mencionada identidad o coincidencia de entidades financieras –depositaria y garante-, se produjera; mientras tanto, nunca podrá condenarse a una entidad financiera que no hubiera emitido un solo aval solidario y no se hubiera abierto la cuenta especial en dicha entidad o se hubiera usado otra cuenta para ello con su desconocimiento.

En definitiva, las consecuencias de la falta de ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial no debemos establecerlas en relación con las cantidades que se encuentran debidamente aseguradas a través del correspondiente certificado individual o aval solidario, sino en relación con aquellas sobre las que, por cualquier motivo, no se emitieron dichos documentos individualizados, de tal suerte que aun existiendo únicamente la póliza flotante o la línea de avales, las entidades garantes, deberán hacer frente a la indemnización o fianza, siempre que las cantidades hubieran sido ingresadas en la cuenta especial, puesto que las entidades garantes siempre²⁹⁸ pudieron comprobar el efectivo ingreso en la cuenta especial.

En cualquier caso, y al margen las razones que lo amparen, las entidades garantes, deberán responder siempre en virtud de una garantía ya ofrecida al adquirente (certificado individual o aval solidario), al margen, evidentemente, de las vicisitudes y obligaciones pactadas entre entidad garante y tomador-avalado o de los incumplimientos de ambos.

²⁹⁸ Reiteramos la excepción de aquellas situaciones en las que entidad financiera garante y entidad financiera depositaria no coincidan.

IV. ORDEN TEMPORAL ALTERNATIVO

Según lo expuesto, el orden establecido por el legislador para la contratación de las condiciones legales, a nuestro juicio, podría ser otro²⁹⁹: en primer lugar, la apertura de la cuenta especial, reforzando la importancia de que en la misma se realicen los ingresos de las cantidades anticipadas (correspondan al adquirente, o sea el promotor el obligado a domiciliar³⁰⁰ los efectos cambiarios); posteriormente la contratación de la póliza flotante o línea de aval –en el momento que estime el promotor, pero previamente a la obtención de la licencia de edificación y a la firma de ningún contrato de compraventa, para, finalmente, permitir el anticipo de las cantidades y por consiguiente la firma de los contratos de compraventa, solamente desde la obtención de la licencia de la edificación, momento en el que además –a la firma del contrato-, debería entregarse la póliza individualizada.

Con este orden, sería posible:

Primero, que las entidades aseguradoras pudieran seguir exigiendo como así lo hacen y en adelante veremos, la apertura de la cuenta especial con carácter previo a la contratación de la póliza flotante. Además, y para garantizar la efectiva apertura de la cuenta especial, debería acreditar el promotor dicha condición previamente, con presentación de un certificado de la propia entidad financiera, lo que evitaría que los promotores domiciliaran los ingresos en cuentas previamente abiertas en cualquier entidad y con el desconocimiento de la propia entidad de crédito.

Igualmente, para evitar el ingreso de cantidades en la cuenta especial sin que se hubieran contratado las pólizas globales de garantías, podría bloquearse la cuenta evitando tanto ingresos en la misma, como disposiciones, hasta tanto no se acreditara a la entidad financiera depositaria, la constitución de las garantías, con lo que, en realidad, se estaría realizando un doble control.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, se justifica o cobra sentido, el contenido recogido en su día en la letra c) del apartado 4 de la Orden de 1968, que establecía que el contrato de seguro estará en vigor “desde la apertura de la cuenta especial”. Y debía ser así en base a lo explicado, puesto que el contrato deberá tener como fecha de inicio de cobertura, dicha fecha de apertura de la cuenta especial, para no excluir ningún posible ingreso que se haya realizado en la misma, si el promotor, hubiese recibido cantidades anticipadas, anteriormente a la contratación de la garantía.

²⁹⁹ BENAVENTE SEGORB, R., “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución...”, op. cit., pág. 14658, señala que el proceso ideal pensado por la Ley 57/1968 resulta demasiado rígido, con lo que en muchas ocasiones la realidad lo sobrepasa” en relación a la exigencia de acreditar la apertura de la cuenta, que las entidades aseguradoras realizan a al promotor para contratar la garantía, cuando lo exigido por la Ley es en primer lugar la contratación de las garantías; PACHECO JIMÉNEZ, M.N., “Los seguros en el proceso de edificación”, op. cit.

³⁰⁰ En el capítulo siguiente veremos que la entrega de efectivo al promotor, ya no es posible, por expresa prohibición legal.

En tercer lugar, y en relación con otra exigencia establecida por las entidades aseguradoras, cual es, no firmar con el promotor la póliza flotante, hasta que el promotor acredite un volumen determinado de compradores de viviendas de una concreta promoción. Al estar abierta la cuenta especial y fijar que el contrato de seguro estará en vigor desde la apertura de la cuenta especial, ninguna cantidad que efectivamente se ingrese con carácter previo quedará sin garantizar.

En cuarto lugar y por último, nada impediría que a la firma de los contratos se emitieran las correspondientes garantías individualizadas para hacer su entrega al adquirente simultáneamente a la firma del mismo.

Una última observación, la Ley establece que es obligación del promotor, “garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades” y a nuestro juicio, lo que quizá debió indicar fue que no se podría recibir cantidades anticipadas sino desde la obtención de la licencia de la edificación, debiendo entregar simultáneamente a la firma del contrato la correspondiente garantía individualizada, al igual que lo establecido en el artículo segundo del Decreto 9/1963³⁰¹, que fijaba: “Los contratos en los que se pacte la entrega de cantidades a cuenta se otorgarán una vez obtenida la calificación provisional del proyecto, haciendo constar de manera indubitada la cuantía de la entrega a cuenta y forma de efectuarse...”.

Dicho Decreto continuaba indicando en su artículo tercero que los contratos debían presentarse para su visado ante la Administración (en aquella época, Las Delegaciones Provinciales del Ministerio de la Vivienda). Probablemente se conseguiría más protección para el consumidor si se exigiera que el promotor presentara los contratos a las entidades garantes (lo cual ya se exigía, en la reiterada Orden de 29 de noviembre de 1968, en su apartado 4º a), añadiendo además, que los mismos, formarían parte del contrato de seguro y que la redacción de los mismos y sus posibles modificaciones, debían “...haberse sometido al previo conocimiento de la Entidad aseguradora”).

Este nuevo orden de contratar las medidas de aseguramiento otorgaría, sin lugar a dudas, mayor protección al adquirente de viviendas que anticipa cantidades para su construcción e igualmente impediría, aunque no totalmente, la posibilidad del promotor de eludir los controles de las entidades que el legislador ha establecido como obligadas, igualmente, al cumplimiento de las exigencias establecidas por la norma.

³⁰¹ Decreto que regulaba la percepción de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas de protección estatal.

CAPÍTULO CUARTO.- LA CUENTA ESPECIAL

Establecía la Ley 57/1.968, de 27 de julio, en relación a la apertura de la cuenta especial, en su Artículo primero, en lo concerniente a la obligación del promotor, que:

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

Primera.

Segunda.

Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros³⁰², en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de viviendas”.

La disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en el año en que vio la luz, no introdujo ninguna modificación relativa a la apertura de esta cuenta especial; tan solo mencionaba en su apartado b) que: “La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo *o mediante cualquier efecto cambiario*, cuyo pago se *domiciliará* en la cuenta especial prevista en la referida Ley”.

Tampoco introducía novedades con respecto a su funcionamiento, algún tipo de exigencia para poder realizar disposiciones en la misma o cualquier tipo de medida con la finalidad de lograr que el promotor cumpliera efectivamente con las obligaciones establecidas con respecto a dicha cuenta, tales como por ejemplo, la necesidad de que para entender cumplida con la obligación de abrir dicha cuenta, el promotor debiera obtener un certificado de la apertura de la misma, con lo que evitarían aquellos supuestos en que la Entidad Financiera,

³⁰² Derivada de la estrategia de reestructuración ordenada del sistema bancario español para preservar su estabilidad, se ha operado una reforma de carácter preferente en las Cajas de Ahorros con los objetivos básicos de buscar su capitalización, apoyada financieramente por recursos públicos, y profesionalización de sus órganos de gobierno. A estos efectos es trascendental el Real Decreto Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros (objeto de ulteriores modificaciones) pues constituye el primer y fundamental hito en la modificación de las Cajas de Ahorros a través de tres instrumentos fundamentales: los Sistemas Institucionales de Protección (artículo 4), el ejercicio indirecto de una o varias Cajas de Ahorros a través de un banco (artículo 5) y la transformación de las Cajas de Ahorros en Fundaciones de carácter especial (artículo 6). Extractado del artículo de HIDALDO ROMERO, R., “Hacia la desaparición de las Cajas de Ahorros: La transformación de las Cajas de Ahorros en Fundaciones de carácter especial”_ *Cuatrecasas, Gonçalves-Pereira, Olivencia-Ballester*.

porque no se lo comunica así el promotor, desconoce que la cuenta se abre con dicha finalidad, comprometiendo la responsabilidad de la entidad financiera, como más adelante veremos.

El legislador, además, aunque conoce la existencia de pagos realizados por los adquirentes a través de efectos cambiarios, que son firmados con distintos vencimientos cada uno de ellos, sin embargo, tampoco adopta al respecto ninguna medida para evitar, verbigracia, que sean cobrados por el promotor de forma anticipada a su vencimiento a través de la figura del descuento bancario. El legislador bien podía haber establecido la prohibición de descontar dichos efectos cambiarios o bien algún tipo de mecanismo o control para que en caso de descuento de estos efectos cambiarios, el importe de los mismos (aún reducido por los costes del propio descuento) fuera *efectivamente ingresado* en la cuenta especial, etc.

La reciente modificación de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, operada por la disposición final tercera. Dos, de la Ley 20/2015, de 14 julio sobre Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Re-Aseguradoras, publicada en el Boletín Oficial de Estado el día 15 de julio de 2015, junto con la modificación de la disposición derogatoria tercera de la L.O.E. operada por dicha disposición final tercera, en su apartado Cuatro y que trae como consecuencia la derogación "...en particular..." de "...a) La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas...", entre otras disposiciones derogadas, no introduce variaciones a lo ya establecido con respecto a la cuenta especial, reproduciendo, casi íntegramente³⁰³, lo recogido en la Ley 57/1968 con las modificaciones anteriores y así, en su apartado Uno.1.b) establece para el promotor que quiera percibir cantidades anticipadamente, la condición 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”.

Analizamos separadamente, en primer lugar, la naturaleza de la cuenta especial y por otro, tanto las obligaciones establecidas para el promotor y las entidades financieras en relación a la apertura, como el funcionamiento de la cuenta especial y el alcance de la responsabilidad de los sujetos implicados.

³⁰³ Tan solo cambia la referencia a “entidades bancarias o Cajas de Ahorros” por la de “entidades de crédito” e introduce la modificación ya incluida por el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, relativa a extender las obligaciones establecidas para los que se consideren promotores de viviendas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

I. NATURALEZA Y FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA ESPECIAL

Entender el fin perseguido por el legislador al establecer la obligatoriedad de abrir una cuenta especial, recobra vital importancia en tanto en cuanto, poder delimitar el alcance de la tan mencionada peculiaridad de dicha cuenta, cual es, su carácter “especial”.

A nuestro juicio, dicho fin, tiene una doble vertiente:

- A) Por un lado garante, en tanto establece que para su apertura deben estar contratadas las garantías que la normativa establece, buscando para ello la colaboración de un tercero que lo controle, bajo su responsabilidad.

Este objetivo se desglosa en otro fundamental y que ya ha sido objeto de análisis en los capítulos precedentes. La cuenta especial, a través del ingreso de las cantidades anticipadas en ella crea una expansión del alcance de la cobertura de las garantías prestadas, permitiendo en supuestos concretos lograr la devolución de las cantidades ingresadas en ella por los adquirentes aun cuando no se haya emitido la correspondiente garantía individualizada por parte de la entidad garante.

- B) Por otro finalista, pues busca que el destino de las cantidades anticipadas por los adquirentes de determinadas viviendas sea, efectivamente, la construcción de las mismas; exigiéndole en concreto al promotor una contabilidad transparente a través de una cuenta separada, en la que para ello le obliga ingresar todas las cantidades anticipadas de una concreta promoción.

Como claramente señala García Medina³⁰⁴, se trata de una “...cuenta bancaria especial de depósito de las cantidades entregadas a cuenta por los cesionarios-adquirentes, con probada higiene contable de los ingresos y cargos, subjetivizados los primeros y finalistas los segundos”, que lo que persigue es “...añadir un refuerzo de cariz higiénico-contable mediante la transparencia que reporta el hecho de la separación patrimonial de este depósito respecto a los demás bienes del promotor-vendedor³⁰⁵”.

Lo que no implica un necesario o exigido control, tan exhaustivo como reclaman algunos autores, de dicha “contabilidad separada” por parte de las entidades financieras donde se encuentre abierta dicha cuenta especial.

³⁰⁴ GARCIA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., pág. 2.

³⁰⁵ GARCIA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., pág. 11.

Dichos autores, reclaman un control idéntico al realizado por las entidades financieras sobre las cuentas especiales abiertas para el desembolso de los préstamos concedidos, a los promotores, para financiar la construcción de una promoción.

Así, en palabras de ESTRUCH ESTRUCH³⁰⁶, “...tampoco puede desconocerse que los bancos y las cajas de ahorros sí que realizan cumplidamente dicha comprobación exhaustiva respecto de la disposición de las cuentas depositadas en otro tipo de cuentas o depósitos abiertos con fondos provenientes de préstamos para la construcción con garantía hipotecaria concedidos a promotores por la propia entidad bancaria o cajas de ahorros, en cuyo caso, para poder disponer de los fondos exigen no solo la presentación de las certificaciones de obra referentes a la promoción de que se trate, sino que, incluso, comprueban por personal técnico la realidad de dichas certificaciones³⁰⁷”.

Sin embargo al respecto hemos de realizar dos matizaciones:

En primer lugar, dicho control no se establece con respecto al destino de las cantidades que se van a disponer, sino de las que ya se dispusieron; esto es, no se desembolsan nuevas cantidades hasta que no se acredita que existe un volumen de obra determinado construido mediante, como bien se indica, certificaciones de obras. No se controla el destino de lo que se pretende disponer, que es lo que debe cumplirse según la normativa reguladora de la cuenta especial objeto de estudio.

En segundo lugar, existen unas condiciones de disposición concretas pactadas y aceptadas por las partes, lo que no ocurre en la apertura de la cuenta especial que nos ocupa, en parte, porque derivado de lo anterior, la justificación de dicho destino en ocasiones no es tan clara, y en parte, porque el legislador tampoco entra a establecer dichos límites de forma clara, de forma que las entidades pudieran exigir un claro contenido que, por imperativo legal, debiera exigirse³⁰⁸.

Por consiguiente a la entidad financiera, como veremos, únicamente podrá exigírsele una cierta diligencia especial pero no equiparable a la llevada a cabo sobre las cuentas especiales donde se desembolsan los préstamos hipotecarios a los que nos hemos referido, puesto que ello implicaría una excesiva

³⁰⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento...”, op. cit., pág. 18. La nota a pie de página a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones de financieras de los préstamos hipotecarios debe entenderse realizada a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que derogó a la anterior en fechas posteriores a la de realización del artículo por el autor.

³⁰⁷ En el mismo sentido FERRANDO VILLALBA, M^a. L., “El contrato de cuenta corriente bancaria”, op. cit., pág. 209.

³⁰⁸ Como señala CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, op. cit., pág. 159, esta responsabilidad “...pese a la reforma legislativa de la ordenación de la edificación permanece en la más absoluta de las indefiniciones...”.

ralentización de fondos que, en todo caso, perjudicaría al promotor y al ritmo de construcción de las viviendas³⁰⁹.

1. ORIGEN DE LA NATURALEZA ESPECIAL

Para adentrarnos en la naturaleza de dicha cuenta especial³¹⁰ que la normativa exige abrir, hemos de retroceder hasta el ya derogado “Decreto 9/1963, de 3 de enero³¹¹”, por el que se regula el percibo de cantidades a cuenta y la publicidad de venta de vivienda de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva”, y ello, puesto que el párrafo tercero de la Exposición de Motivos de la Ley del 68, justificaba la necesidad de extender a toda clase de viviendas las medidas de garantía que ya se establecieron para las viviendas construidas con la protección del Estado en el referido Decreto, en el que se incluía la apertura de esa cuenta, entre otros requisitos, si el promotor preveía aceptar cantidades anticipadas por los beneficiarios³¹².

Efectivamente, en el artículo primero e) del referido Decreto, se establecía expresamente que “...las cantidades que entreguen los beneficiarios deberán ser depositadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros

³⁰⁹ Así, dicha diligencia obligaría a realizar determinado control y precauciones como indica GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., páginas 12 y 13, al no tratarse de un depósito bancario normal, no deberán permitirse “...operaciones tan normales para este tipo de contratos como por ejemplo, disposiciones en efectivo por caja mediante documentos al portador. Su disponibilidad finalista y condicional hace a la cuenta especial no susceptible de otras operaciones integrantes de los usos bancarios tales como compensaciones, o barridos, para enjugar otras deudas del promotor depositante, de cuyo origen que no sea el pago de la obras de promoción de viviendas a las que el saldo se halla vinculado”. Pero nunca, a nuestro juicio, lo que indica CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito...”, op. cit., páginas 50 y 53, sobre la necesidad de que las entidades financieras exijan para las disposiciones de dichas cuentas especiales, “...certificaciones de obra ejecutada expedidas por el arquitecto-director o facturas liquidaciones de contrata”.

³¹⁰ Sobre la naturaleza de las cuentas corrientes bancarias véase: EMBID IRUJO, J.M., “La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito”, op. cit., pág. 3, que señala que dichas circunstancias conducen, como es bien sabido, “...a que dichos contratos se integren sin dificultad en la categoría de los *contratos de adhesión*”; también, BROSETA PONS, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”, op. cit., pág. 243 y GARCIA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., pág. 12, que sobre la regulación de la cuenta especial establece que la misma deberá regirse por lo pactado entre las partes y por la normativa propia del contrato de depósito y la aplicación de las comisiones mercantiles que procedan pero que, en todo caso, dichas disposiciones, tanto legales como voluntarias, se solapará con “...su propia regulación especial que, en definitiva, afecta a su régimen jurídico”. Finalmente ESTRUC ESTRUHC, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito...”, op. cit., pág. 19, asevera: “Existiendo una Ley imperativa que exige operar de una determinada manera, como hemos visto, ni la relatividad del contrato ni el cumplimiento de prestaciones de servicio de caja constituyen razones válidas para eximirse de las obligaciones que en punto a la disposición de los fondos establece la Ley como medida de protección de los intereses de los consumidores-adquirentes de vivienda en construcción que entregaron cantidades anticipadas. Máxime si se tiene en cuenta que, en la realidad de las cosas, el contrato de cuenta corriente bancaria, al igual que la mayoría de los contratos bancarios, son contratos estandarizados, predispuestos por las propias entidades de crédito y con un contenido uniforme para la pluralidad de los potenciales clientes que pueden contratar con la entidad”.

³¹¹ Derogado por el Decreto 2114/1968, de 24 de julio por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial.

³¹² Término utilizado por el Decreto, equiparable a los adquirentes de las viviendas.

a disposición del promotor, con perfecta distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo”³¹³.

Como puede apreciarse, el legislador de las viviendas de protección oficial no utilizaba el término de “especial” al referirse a la cuenta que necesariamente había de abrir el promotor de viviendas que deseaba percibir cantidades anticipadas de los adquirentes³¹⁴; término que sí es usado por la normativa que regulaba y regula la promoción de viviendas libres; lo que nos lleva a cuestionarnos, en qué debe residir dicha “especialidad” de la cuenta que se exige abrir, para la promoción de viviendas libres, en las entidades de crédito.

No puede negarse que la intención del legislador es que la cuenta:

1º.- Se abra con unos requisitos especiales:

- Que la cuenta se abra con separación de cualquier fondo del promotor (entendiendo esta exigencia en su mayor amplitud).

- Que antes de su apertura, la Entidad de Crédito exija la constitución de las garantías exigidas.

2º.- Que en ella no se ingresen otra clase de fondos sino aquellas “...cantidades entregadas a cuenta...” para la “...construcción de viviendas del proyecto”³¹⁵.

3º.- “Que el importe de las cantidades entregadas a cuenta se aplique precisamente a la construcción de viviendas del proyecto”³¹⁶.

En conclusión, el legislador pretende: que cada concreta promoción de viviendas tenga su propia cuenta separada del resto de promociones³¹⁷ y de cualquier clase de fondos del promotor; que la misma se abra cuando se hayan contratado con carácter previo las garantías “globales” que exige la Ley; que en la misma solo se ingresen los importes entregados a cuenta por los adquirentes de dicha promoción; y que solo se dispongan de los importes depositados para atender las necesidades de la tan reiterada concreta promoción.

³¹³ Para un análisis exhaustivo del RD, vid. REBOLLEDO VARELA, Á. L., “Las viviendas de protección oficial: aproximación a su régimen jurídico”, Derecho Privado y Constitución, núm. 6, mayo-agosto 1995, páginas 135 y siguientes.

³¹⁴ Sí lo hacía, como hemos visto anteriormente, el Decreto 2114/1968.

³¹⁵ Extractado del artículo primero e) del Decreto 9/1963, de 3 de enero.

³¹⁶ Extractado del artículo primero e) del Decreto 9/1963, de 3 de enero.

³¹⁷ “...la Ley pretende que los fondos que se ingresen en dicha cuenta especial únicamente provengan de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores y, además que únicamente los compradores de una determinada promoción inmobiliaria, pues deberían abrirse tantas cuentas diferentes como promociones o fases diversas de la misma promoción estuviera construyendo la empresa promotora-vendedora de las viviendas”. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 124.

Como veremos, y para no reiterarnos, tan solo la obligación establecida con la apertura de la cuenta, atañe a las entidades de crédito, en una doble vertiente: primera, que para abrirla, exija al promotor que, previamente, tenga contratadas las garantías establecidas y, segunda, que sea una cuenta separada de otros fondos, esto es, que no utilice otra cuenta ya abierta con anterioridad sino separada y con nueva numeración.

Las obligaciones relativas al origen o fuente de los ingresos y a las órdenes de disposición y destino de los fondos de dicha cuenta especial, son impuestas y de ineludible cumplimiento para el promotor. Siendo éste, el único responsable y obligado a dicha separación de fondos en cuanto a su ingreso y destino; de hecho, el legislador no exige a la entidad financiera, que el clausulado de la cuenta contenga especialidad alguna al respecto, por lo que la “fiscalización” por parte de las entidades financieras sobre los ingresos y destinos de dichas cantidades ha originado no pocos conflictos con los promotores e incluso, en ocasiones, como más adelante veremos, actitudes por parte de estos últimos, con la finalidad de “distraer” el “control” de dichas entidades sobre dichos fondos.

Veremos en el apartado siguiente cómo la doctrina en su mayoría no lo considera así y extiende las obligaciones de las entidades de crédito, con respecto a la cuenta especial, más allá de lo que la propia normativa les impone.

2. **FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA ESPECIAL**

El promotor contrata las garantías (póliza flotante de seguro de caución o línea de avales) con entidad aseguradora o financiera para una promoción de viviendas concreta y, posteriormente, acreditando dicho extremo a la entidad financiera apertura en ella una cuenta especial asociada a esa promoción de viviendas.

Una vez ello, podrá incluir en la publicidad de la promoción de viviendas la mención expresa “...de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas.^{318,}” e incluir la misma información, entre otra exigida, como información contractual en los contratos que firme con los adquirentes³¹⁹.

Además, atendiendo al artículo primero c) de la Orden de 5 de octubre de 1968, aún vigente, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial³²⁰, deberán incluirse en la publicidad, no solo la

³¹⁸ Apartado Seis de la disposición adicional primera de la L.O.E. en su redacción modificada por la Ley 20/2015.

³¹⁹ Apartado Tres de la disposición adicional primera de la L.O.E. en su redacción modificada por la Ley 20/2015.

³²⁰ Ministerio de la Vivienda. BOE de 10 de octubre de 1968, número 244.

entidad financiera en la que se haya procedido a abrir la cuenta especial sino además, entre otros datos, el “...número de la cuenta especial en la que habrán de ingresarse por el cesionario o adquirente las mencionadas cantidades”.

A partir de ahí el promotor ha de asegurarse por sí mismo:

1º.- De ingresar o domiciliar en la cuenta, solo y exclusivamente, las cantidades anticipadas bien en efectivo bien mediante “efectos comerciales³²¹”, que adelanten los adquirentes de la promoción concreta para la que contrató la garantía y a la que asoció dicha cuenta.

2º.- De que el destino de las cantidades ahí depositadas, por cualquier vía, sea “...únicamente...para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas”.

La normativa utiliza expresiones como “...percibir las cantidades anticipadas...en la cuenta especial...” o “...de las que únicamente podrá disponer...” dirigidas, en exclusiva a las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas. Así pues, identifica al promotor como único destinatario de dicha obligación y como único actor que debe responder por su incumplimiento; pero, ¿es esto en realidad así?

1. Con respecto a los ingresos.

Es cierto que el promotor debe ingresar o domiciliar las transferencias o los efectos comerciales en la referida cuenta especial para que efectivamente, dichas cantidades anticipadas lleguen a la cuenta abierta con tal finalidad. Y no es menos cierto que es él el destinatario de la obligación o condición, en términos de la ley, de controlar que efectivamente se produzca así y no podría ser de otra manera, toda vez que es quien conoce qué adquirentes son de una misma promoción y cuáles no y a qué ingresos están obligados los mismos, y el que se relaciona tanto con la entidad financiera (que podrá abrir una cuenta separada, únicamente si así se lo indica el promotor) como con los adquirentes (a los que indicará el número de la cuenta especial y en cualquier caso, la cuenta en la que han de hacer los ingresos anticipados).

En puridad, por consiguiente, el obligado es el promotor. Pero existen además, dentro de unos límites razonables, otros obligados:

Por un lado, la entidad financiera, la cual, siempre que así se lo haya manifestado el promotor, tendrá la obligación de abrir la cuenta especial, controlando:

³²¹ Apartado Dos.1.a) de la disposición adicional primera de la L.O.E. en su redacción modificada por la Ley 20/2015.

- Por un lado, la obligación legalmente impuesta, de exigir previamente a dicha apertura, la constitución de las garantías, póliza flotante de seguro de caución o línea de avales.
- Por otro lado, no exigido legalmente pero sí atendiendo a una diligencia profesional, no “permitir” otros ingresos distintos de los exigidos por la Ley al promotor siempre que los mismos sean fácilmente identificables. Lo que no podrá la entidad financiera es conocer si el promotor está ingresando en la misma cuenta cantidades anticipadas provenientes de aportaciones hechas por adquirentes de distintas promociones, ni por consiguiente, impedir dichos ingresos. Pero es más, aun detectando irregularidades en los mismos, será complicado retrotraer dicho ingreso si el promotor no le facilita otro número de cuenta o le firma la orden para que dicha transferencia, a otra cuenta distinta, se realice.

Por otro lado los compradores, los cuales tendrán habitualmente (bien en el contrato firmado, bien en la publicidad de la promoción concreta) la referencia del número de cuenta o, al menos, la entidad financiera en la que dicha cuenta especial, a la que obliga la Ley, se encuentra abierta.

Ellos han de mantener, desde nuestro punto de vista, igual diligencia en cumplir dicha obligación contractual o exigir del promotor que acredite el efectivo ingreso de sus cantidades anticipadas en la cuenta especial, contractualmente fijada o mencionada en la publicidad. En determinadas ocasiones incluso, podría negarse a realizar ingresos en otra entidad financiera o cuenta de distinta numeración, si previamente no le acredita que dicha cuenta es la nueva cuenta especial; o incluso podrían dirigirse a la entidad financiera para que le acreditara cuál es la cuenta especial asociada a su concreta promoción.

Y decimos obligados razonables puesto que en no pocas ocasiones, el promotor podrá “aparentar” cumplir con sus obligaciones, sin que unos ni otros puedan, efectivamente, corroborarlo.

2. Con respecto a la disposición.

La mención genérica de la Ley al respecto, a saber, “...para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas”, hace que se cuestionen en no pocas ocasiones, por el promotor, disyuntivas tales como:

- Si el pago de las cuotas del préstamo asociado a la promoción concreta pueda considerarse como “atención derivada de la construcción”,
- Si ante problemas puntuales de tesorería, tales como falta de liquidez, pueda disponer puntualmente de dichas cantidades.

- Si los pagos derivados de la constitución de las garantías (prima del seguro de caución o comisión por emisión del aval solidario) pueden entenderse igualmente, como “atención” de la construcción.

En realidad, dichas disposiciones no estarían amparadas según la finalidad que exige la Ley, por lo que habitualmente, el promotor, que no necesariamente ha de llevar una clara intención de aplicar los anticipos a otras finalidades o bien de no emplearlos en la efectiva construcción de las viviendas, sino motivado por esas situaciones mencionadas u otras similares, suele o puede recurrir a entidades financieras diferentes para contratar por un lado, la financiación del préstamo, por otro, la obtención de garantías e incluso otra diferente, para la apertura de la cuenta especial (en algunos supuestos la apertura de la cuenta especial ni siquiera se hace como tal, con lo que la entidad financiera desconoce y no puede cumplir con la obligación fijada por la Ley para con ella, esto es, exigir la contratación previa de las garantías).

Es al promotor al que la Ley exige el cumplimiento de dicha obligación, con la expresión clara “de las que únicamente podrá disponer” y aunque si bien, es posible cierta diligencia, no lo es, sin la colaboración del promotor; y en ningún caso, a nuestro juicio, es exigido legalmente ni razonable, que deba hacerse un control idéntico al que las entidades financieras realizan respecto de las cuentas especiales abiertas cuando se concede un “préstamo promotor”, de las que puede ir disponiéndose de parte del préstamo desembolsado por parte del promotor a través de certificaciones de obra; estas cuentas especiales tienen pactada entre las partes una forma de disposición concreta y recogida en escritura pública debidamente intervenida notarialmente.

En un siguiente apartado de este capítulo analizaremos con más detalle la actuación de las entidades financieras así como el alcance de su responsabilidad, amparándonos y rebatiendo las distintas sentencias que el Alto Tribunal y otros Juzgados dictan al respecto.

Detengámonos antes de avanzar en el estudio y casuística de la apertura de la denominada, que no regulada, por el legislador, cuenta especial, en los sujetos implicados en relación con la misma.

II. SUJETOS OBLIGADOS

1. EL PROMOTOR

Al exigir al promotor la apertura de una cuenta especial donde ingresar las cantidades que reciba anticipadamente, tanto en efectivo³²², como mediante cualquier efecto de comercio, lo que se pretende no es más, aunque evidente:

- Que por un lado, “...los fondos existentes en esta cuenta especial mantengan una total separación con cualesquiera otros fondos de los que pueda ser titular el promotor-vendedor en la misma entidad bancaria o caja de ahorros”³²³, pero no solo ello,
- Si no que además, se separen dichas cantidades anticipadas y entregadas por los compradores de las viviendas de una concreta promoción, tanto de otros fondos (en general) del propio promotor, como de las cantidades anticipadas por los compradores de otra promoción diferente, esto es, que cada promoción tenga su contabilidad separada, con respecto a los ingresos anticipados (puesto que, no todos los gastos de la concreta promoción, figurarán anotados en dicha cuenta especial).
- Y ello para, por último, controlar y obligar al promotor a que el destino de las cantidades anticipadas para una promoción, sea la efectiva financiación/construcción de dicha promoción³²⁴.

Lo que no debe perderse de vista es que el obligado a abrir la cuenta especial, no es otro si no el promotor-vendedor. Así lo ha mantenido la Doctrina e igualmente los tribunales quienes no dudan en hacer responsable a aquel de las consecuencias que depara el no abrir dicha cuenta especial. En este sentido, la STS de 2 de octubre de 2007³²⁵ confirmó la de Instancia que condenaba al promotor por un delito continuado de estafa, al no abrir la cuenta especial pese a hacerse

³²² El artículo 7. Uno.1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, sobre prevención del fraude fiscal, prohíbe entregas en efectivo superiores a 2.500 €, en operaciones en las que una de las partes actúe en calidad de empresario o profesional.

³²³ ESTRUCH ESTRUC, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 124.

³²⁴ En no pocas ocasiones, las cantidades anticipadas por los adquirentes de una promoción, han sido empleadas por el promotor para la compra de los terrenos de la siguiente promoción proyectada por el mismo, para así, no tener momentos de inactividad. E incluso como indica CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...”, op. cit., pág. 66, “...es frecuente que el constructor tenga distintas promociones en curso y aplique los fondos de distintas cuentas especiales conjuntamente a todos o distraendo los fondos destinados a una determinada promoción”.

³²⁵ STS, Sala de lo Penal, [RJ\2007\7312].

referencia a la misma en los contratos de compraventa basándose en la importancia de la apertura de dicha cuenta especial:

“La exigencia de cuentas especiales establecida en el artículo 1.2ª de la Ley 57/1968 es una medida de protección del adquirente. Tiene naturaleza contable y permite un control de la utilización de los fondos por parte del promotor que no permitirían otras cuentas. De esa manera constituye una garantía para el adquirente que adelanta cantidades para la construcción. Ese control se puede verificar comprobando la disposición concreta de las sumas y su aplicación a un gasto documentado, dada la separación de esos fondos respecto «de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor». Si los responsables de la promoción hubieran procedido en la forma establecida hubieran podido permitir que en el proceso se comprobara la corrección legal del uso de los fondos y hubieran realizado lo prometido a los compradores para que éstos decidieran la contratación”.

2. LA ENTIDAD DE CRÉDITO

La condición Segunda continúa haciendo referencia a otra obligación recogida en la normativa, impuesta no ya al promotor sino a la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en relación a la apertura de dicha cuenta especial y que, en el apartado siguiente, analizaremos más detenidamente:

**Ley 57/1.968, de 27 de julio, artículo primero.
Segunda, in fine:**

“...Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”.

Disposición adicional primera. Uno. b), in fine³²⁶:

“...Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”.

Esta obligación, aunque algunos insisten en extenderla, se refiere exclusivamente a una obligación establecida y delimitada para un momento concreto, cual es, la apertura de la cuenta especial; sin que se establezcan otros controles en cuanto a los ingresos que se realicen en la misma (si proceden efectivamente todos, de la promoción de viviendas asociada a dicha cuenta

³²⁶ Redacción dada por la modificación sufrida por la Ley 20/2015.

especial); ni en cuanto a “fiscalizar” las disposiciones que de ella haga el promotor o las domiciliaciones que ordene. Veremos el alcance de la responsabilidad de las entidades de crédito.

3. EL ADQUIRENTE

Es cierto, que no es posible imponer al adquirente ninguna obligación con respecto al efectivo ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial cuando dicho pago no se realiza por un medio que aquel pueda controlar; sin embargo, como ya hemos apuntado y más adelante desarrollaremos, sería aconsejable que al igual que el comprador exige del promotor el cumplimiento de otras obligaciones legales, tales como constituir las garantías, iniciar la obras en plazo, o entregar la vivienda ajustándose a las condiciones y plazos regulados contractualmente, exigiera, en igual medida, el cumplimiento por parte del promotor, del ingreso de dichas cantidades en la referida cuenta (bien mediante certificado o cualquier otro documento), así como que cuidara del cumplimiento por su parte, de ingresar en la cuenta especial y no en otra, las cantidades anticipadas (siempre que ello esté en su mano -se realicen los ingresos por transferencias o cualquier otro sistema que le permita dicho control- y así se haya pactado en el contrato).

III. REQUISITOS PARA LA APERTURA DE LA CUENTA ESPECIAL

1. LAS DIFICULTADES DEL PROMOTOR EN LA PRÁCTICA

Para poder abrir la cuenta especial en cualquier Entidad de Crédito (suele ser la misma que ha facilitado la financiación de la promoción al promotor o al menos, la misma con la que ha contratado las garantías a la que viene obligado por la Ley, aunque no necesariamente han de coincidir –veremos que esto es lo habitual en los años anteriores más recientes-), el promotor debe cumplir una condición previa, cual es; bien haber suscrito póliza de seguro de caución (la denominada póliza flotante) con “entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España”, bien haber contratado una línea de avales con “entidades de crédito debidamente autorizadas”.

En caso contrario, si no ha contratado ni póliza de seguro ni línea de avales para garantizar la devolución de las cantidades que pretende recibir anticipadamente de los adquirentes de una concreta promoción, al solicitar la apertura de una cuenta especial en cualquier entidad de crédito, ésta, la Entidad, debería dar la negativa a dicha solicitud del promotor, salvo que decidiera asumir el riesgo de la responsabilidad que le atribuye la normativa reguladora al respecto. Así pues, el promotor no tendría más que contratar, con carácter previo, cualquiera de las mencionadas garantías para que la entidad financiera le abriera oportunamente la cuenta especial.

Pero la realidad con la que se enfrenta el promotor en la práctica, no hace tan simple esta secuencia de obligaciones. Evidentemente, no consideramos aquellos promotores que directamente optan por incumplir con sus obligaciones legales.

La dificultad práctica, como decíamos, con las que se encuentra el promotor le sitúan, en ocasiones, en un círculo sin salida:

1º.- “...en los manuales operativos de la compañías aseguradoras se especifica que el seguro solo será contratado cuando, entre otros requisitos, la promoción ya cuente con al menos un 50 por 100 de ventas³²⁷”, por lo que si la elección del promotor es suscribir este tipo de garantía (un seguro de caución), evidentemente deberá elegir cualquiera de las siguientes alternativas:

³²⁷ CARRASCO PERERA, A., “Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación”, op. cit., pág. 555. También MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, op. cit.

- a) Ingresar las cantidades anticipadas por los adquirente en otra cuenta “no especial”, pues no podrá abrir la cuenta especial hasta que tenga suscrita la póliza del seguro de caución.
- b) Abrir una cuenta separada, sin comunicar a la entidad de crédito que se trata de la “cuenta especial”.
- c) Abrir la cuenta separada, comunicándoselo a la Entidad de Crédito, la cual, lo hará, bajo su responsabilidad³²⁸.

En cualquiera de los tres supuestos, el promotor incumplirá:

- a) Ya sea porque no abrirá la cuenta especial, ni habrá contratado la garantía, esperando tener el volumen de venta suficiente para ello, según le exige la entidad aseguradora;
- b) porque aunque abra una cuenta para llevar separada contabilidad, la misma no podrá ser considerada como “especial”, por lo menos a los efectos de responsabilizar a la entidad de crédito,
- c) o bien, porque aun abriendo una cuenta especial, habrá incumplido la obligación de abrirla con posterioridad a la contratación de las garantías, porque no olvidemos que si bien la obligación de no abrir la cuenta sin que las garantías estén contratadas, se le exige a la entidad de crédito; inevitablemente, en la cuenta se empezarán a realizar ingresos, muy probablemente, antes de que la garantía se logre suscribir³²⁹, por lo que el promotor, también incumplirá.

Además, ello originará una cadena de incumplimientos inevitables para el promotor, relacionados sobre todo:

- A)** Con la obligación de entregar al comprador en el momento de la firma del contrato privado de compraventa, el documento en el que se acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio

³²⁸ En ocasiones, estas cuentas suponen tal elevado volumen de ingresos y movimientos que las entidades de crédito, bien con la intención de captar al cliente para futuras promociones o bien para mantenerlo, aceptan la constitución “a posteriori” de la suscripción del seguro, si esta es la opción elegida por el promotor para garantizar las cantidades anticipadas, haciéndolo, claro está “...bajo su responsabilidad”.

³²⁹ E incluso, vistas las exigencias de operatoria de las entidades aseguradoras, no podrá el promotor contratar las garantías “desde la obtención de la licencia de edificación” (según la redacción de la D.A. Primera en su modificación operada en el año 2015 por la ya citada Ley 20/2015), que probablemente la obtenga antes de que consiga reunir “al menos”, un 50% de ventas.

- a, o durante, la construcción³³⁰. Lo que no podrá cumplir porque además no tendrá si quiera la póliza global suscrita con la entidad aseguradora.
- B)** Con las exigencias normativas establecidas para la propaganda y/o publicidad que de la promoción realice, ya que no podrá incluir ninguno de los datos obligatorios³³¹: a saber, no incluirá la mención expresa a la entidad aseguradora que garantice las cantidades, no podrá incluir el número de la cuenta especial, (o incluirá una que no se ha abierto con dicha indicación) ni la entidad bancaria donde se abrió, o en caso de mencionar que la contratación se realizará al amparo de la normativa, incurrir en las correspondientes sanciones, por realizar publicidad engañosa,
- C)** Con la obligación de información contractual, que debe incluirse necesariamente en los contratos de compraventa firmados con los adquirentes³³². Pues no dispondrá de los datos.
- D)** Con las obligaciones básicas fijadas en el apartado Uno.1.a) y b) de la disposición adicional primera de la LOE³³³; recibiendo cantidades anticipadas de los compradores antes de tener contratadas las garantías y, en ocasiones, no cumplir tampoco con el obligatorio ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial, por no estar abierta con dicha finalidad –esto es, cuando utiliza una ya contratada con anterioridad- o por estar abierta, sin haber constituido previamente las garantías a las que obliga la Ley (al margen

³³⁰ Efectivamente, el momento en que dicha obligación ha de ser cumplida, se regula expresamente en el apartado Tres *in fine*, de la disposición adicional primera de la LOE, según la modificación operada en el 2015, estableciendo: “En el momento del otorgamiento del contrato...hará entrega...del documento que acredite la garantía, referida en individualizada...” y no, posteriormente.

³³¹ Regulados en la Orden de 5 de noviembre de 1968 sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial.

“Artículo primero.-La propaganda y publicidad, por cualquier medio de difusión, de la cesión de viviendas construidas sin protección oficial, mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción deberá contener en su texto, con claridad y precisión, los siguientes datos:

- a) Que la contratación se realizará conforme a las normas y con las garantías establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de Julio.
- b) Mención expresa de la Entidad aseguradora, o en su caso Bancaria o Caja de Ahorros avalista, que garantice la posible devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más el 6 por 100 de interés anual.
- c) Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y número de la cuenta especial en la que habrán de ingresarse por el cesionario o adquirente las mencionadas cantidades”.

³³² Recogida como obligación legal en el apartado Tres. Información contractual., de la disposición adicional primera de la LOE, según la modificación operada en el 2015.

³³³ Según la enumeración dada por el legislador, en la modificación realizada en la misma el año 2015.

también de la secuencia temporal que exige la Ley, esto es, con posterioridad a contratar la garantía).

2º.- Igualmente, las entidades aseguradoras suelen exigir, en no pocas ocasiones, que se acredite la apertura de la cuenta especial con carácter previo, no ya la emisión de la garantía propiamente dicha, el certificado individual de seguro de caución, sino incluso a la contratación de la póliza flotante de seguro de caución³³⁴.

Dicha exigencia realizada por las entidades aseguradoras, como hemos puesto de manifiesto, proviene de la equivocada idea del motivo de la exigencia del ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial y sin duda, trae causa de lo establecido en la Orden de 29 de noviembre de 1968. En ella se exigía para que la garantía prestada mediante seguro de caución, entre en juego, "...que las cantidades a cuenta lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial...".

Resumidamente recordamos que, a nuestro parecer, dicha exigencia se justifica en relación con las cantidades anticipadas cuya devolución no se haya garantizado a través de la emisión de un certificado individual de seguro de caución. Si se han garantizado mediante certificado individual, será indiferente su ingreso o no en la referida cuenta especial.

Existe si bien, otra justificación para ello, la de acreditar el efectivo anticipo de dichas cantidades:

- Si como la ley exige, se emitió certificado individual de seguro de caución por el total de las cantidades que deben anticipar, se hayan anticipado o no aún, es lógico que se exija que efectivamente se anticiparon, pero, en cualquier caso, podrá acreditarse por cualquier medio fehaciente. La modificación reciente operada por el legislador camina en ese sentido, al exigir que el asegurado deba acreditar el efectivo anticipo³³⁵.

- Si se emitió certificado individual de seguro de caución, por cada importe anticipado, no será necesario acreditar el ingreso en la cuenta especial puesto que la devolución de las cantidades, volviendo a la justificación primera, estarán cubiertas por cada garantía individualizada.

- Únicamente tendrá sentido acreditar el ingreso en la cuenta especial, cuando se pretenda por el adquirente, la devolución de las cantidades

³³⁴ CARRASCO PERERA, Á., "Percepción de cantidades...", op. cit., 535, señala: "...en las pólizas aseguradoras y en la misma norma de desarrollo de la Ley 57/1968 [cifr. Artículo 4 f) 1 de la Orden de 29 de noviembre de 1968] el ingreso en cuenta se concibe como un elemento necesario para que se entienda producido el siniestro cubierto por la garantía...por si fuera poco, la propia Ley 57/1968, se pronuncia en términos contrarios a la praxis aseguradora. Pues la Ley parece exigir que el aval o seguro hayan sido prestados con anterioridad a la apertura de la cuenta (artículo 1.2 "in fine"), mientras que las compañías de seguro no emiten avales sin que se haya abierto la cuenta correspondiente (y, a veces, incluso hasta que se hayan producido ingresos en esta cuenta)".

³³⁵ Con respecto a la garantía prestada mediante seguro de caución en el apartado Dos.1.i) de la DA 1ª de la LOE. No así, inexplicablemente, para la garantía prestada mediante aval solidario, aunque igualmente exige que se emita la garantía por el total de las cantidades que han de anticiparse.

anticipadas por la entidad garante que no emitió certificado individual; y únicamente tendrá sentido que la entidad aseguradora exija dicho ingreso en la cuenta especial para responder de la devolución de cantidades anticipadas si no emitió certificado individualizado; puesto que, si no emitió certificado individual y no se acredita el ingreso en la cuenta especial, no responderá de la devolución de cualesquiera otras cantidades anticipadas no ingresadas en la cuenta especial.

Por último recordar que la Orden también establecía que la vigencia del seguro de caución coincidiría con la fecha de apertura de la cuenta especial, pero no para condicionar su contratación a la acreditación de dicha apertura sino en relación a la responsabilidad de la entidad aseguradora en la devolución de las cantidades ingresadas en la misma y con la finalidad de evitar que quedarán fuera de dicha cobertura cantidades que se hubieran ingresado previamente a la contratación de la póliza. Ello obliga a que la fecha de entrada en vigor de la póliza flotante, que debía firmarse, deba ser la de la fecha de apertura de la cuenta especial, al margen de cuándo se contrate y firme la póliza flotante por promotor y entidad aseguradora.

No es de extrañar la afirmación del Tribunal Supremo, que a continuación recogemos, en una sentencia de diciembre de 1993 por la argumentación de dicha falta de ingreso en la cuenta especial por parte de la entidad aseguradora para justificar la falta de pago de la indemnización:

“El artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro sólo requiere falta de pago de la indemnización por causa no justificada o que le fuera imputable al asegurado...Era tan evidente que los actores nada tenían que ver ni con la actuación de la promotora-vendedora ni con la de las entidades bancarias demandadas, que solo el hábito mimético de las aseguradoras de rechazar las reclamaciones de los asegurados puede haber dado origen a este largo pleito³³⁶”.

2. LAS DIFICULTADES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Como hemos indicado anteriormente, la disposición adicional primera, en su apartado Uno. 1. b) in fine, establece como obligación concreta para las Entidades de Crédito que pretendan abrir al promotor una cuenta especial para el ingreso de las cantidades anticipadas por los adquirentes de viviendas de una promoción, la de exigir “...la garantía a que se refiere la condición anterior”.

³³⁶ STS, [RJ/1998/9983]. MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op. cit., pág. 753, señala que la doctrina relativa a “...la inoponibilidad al beneficiario del seguro de caución de las irregularidades o anomalías se encontraba ya establecida con claridad en las sentencias de 7 de junio de 1983, de 25 de octubre de 1985 y 22 de septiembre de 1997, de las que se han hecho eco las Audiencias Provinciales”. Vid. MARIMÓN DURÁ, R., “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro”, coord. BOQUERA/BATALLER/OLAVARRÍA, Valencia, 2002 y OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Artículos 68 a 79)”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Estudios Empresariales y Financieros*, dirigidos por Evelio Verdera y Tuells, Madrid, 1982

La condición anterior hace referencia, como explicamos en capítulos anteriores, a la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés legal del dinero, mediante contrato de seguro de caución o mediante aval solidario.

Así pues, las Entidades Financieras³³⁷ deberán exigir que el promotor les acredite que efectivamente tiene contratada cualquiera de las garantías que fija la ley para dicha finalidad, a saber, garantizar la devolución de las cantidades “...para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda”, antes de proceder a la apertura de la referida cuenta especial.

Lo cierto, como intentaremos exponer con claridad en los siguientes apartados, es, a nuestro juicio, que la normativa únicamente exige a las entidades de crédito, con respecto a la cuenta especial, que en el momento de su apertura exija al promotor, la contratación de las garantías reiteradas y es más, tan sólo la contratación de las garantías globales, entendiendo por tales:

- bien la póliza global del seguro de caución, en el caso de que la garantía sea prestada por entidad aseguradora,
- bien, la línea de avales, en el caso de que la garantía la otorgue una entidad de crédito,

y ello, puesto que no será posible en el momento de la apertura de la cuenta, que las denominadas “garantías individuales” se hayan podido otorgar, pues hasta tanto no se hayan suscrito los contratos de compraventa y se conozcan quiénes serán los beneficiarios de las garantías no podrán emitirse las correspondientes “garantías individuales”.

Sin embargo y pese a la claridad del texto, en la práctica observamos que son muchos los interrogantes que pueden generarse al respecto; tanto sobre cuándo entra en juego la responsabilidad de la entidad financiera y el alcance de la misma, como sobre cómo y cuándo se entiende cumplida por la entidad financiera, la obligación legal fijada por el legislador con respecto a la cuenta especial³³⁸.

³³⁷ Utilizaremos indistintamente el término “entidades financieras” o “entidades de crédito”, incluso cuando comentemos aspectos concretos de la Ley de 68 que recogía los términos “entidades bancarias” y “cajas de ahorros”.

³³⁸ Sobre la cuenta corriente especial ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 13, establece que “...el contrato que celebren el promotor-vendedor y la entidad de crédito para la apertura de la cuenta especial no puede contener las cláusulas que libremente establezcan entre ellos...” como, “...puede ocurrir con el contrato de cuenta corriente bancaria, dada la ausencia de regulación normativa sobre el mismo, ya que aunque aparece mencionado en los artículos 175.9, 177, 180, 182 y 323 del Código de Comercio, no está regulado en ninguno de ellos ni en ninguna norma específica”. Véase también GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., pág. 11; BROSETA PONS, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho mercantil*, vol. II, 15ª edición, Madrid, 2008, página. 243; FERRANDO VILLALBA, Mª L., “El contrato de cuenta corriente”, en ORDUÑA MORENO, J. y TOMILLO URBINA, J. L. (*Dir.*), *Contratación Bancaria*, tomo. I., Valencia, 2001, pág. 207.

IV. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

1. APERTURA DE LA CUENTA ESPECIAL

Para poder delimitar el alcance de la responsabilidad de la entidad financiera al abrir la denominada cuenta especial³³⁹, a la que hace mención el legislador, debemos centrarnos en qué consiste exactamente la obligación fijada en el apartado Uno.1.b) de la disposición adicional primera de la LOE (en la redacción actual, tras la modificación del 2015) que en nada difiere, en lo fundamental, a la dada por el legislador del año 1968 (artículo primera. Segunda de la Ley 57/1928, de 27 de julio):

- En primer lugar, se obliga a abrir una cuenta especial con las siguientes características:

- a) Que se abra una cuenta nueva, por lo que no podrá considerarse cumplida la obligación si se utiliza otra previamente abierta, sin que se haya cumplido la segunda característica, a saber,
- b) Que, previa a su apertura, estén constituidas las garantías indicadas en el apartado anterior.

Por consiguiente, para cumplir con la obligación exigida, deben darse ambos requisitos. En cualquier otra situación, se tendrá que entrar a valorar, el comportamiento al respecto, tanto del promotor como de la entidad, para discernir si puede considerarse responsable a la entidad financiera o tan solo al promotor, de no haber cumplido con dicha obligación legal.

- En segundo lugar, con respecto a cómo se considera cumplida la exigencia de que se tenga contratada la garantía, debe considerarse que:

- a) Tan solo podrá exigirse la constitución de las denominadas pólizas globales de aseguramiento o líneas de avales, y no las garantías referidas a las cantidades concretas que han de ser anticipadas a cuenta de precio, ni individualizadas para el comprador concreto.

³³⁹ Con carácter general FERRANDO VILLALBA, M^a L., “Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción. Especial referencia a la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios”, op. cit., pág. 55. Véase también BAÑÓ ARACIL, J., “Reflexiones en torno a la cuenta corriente bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, op. cit., páginas. 224 y siguientes, que cita la legislación que históricamente se ha referido a la cuenta corriente bancaria, por ejemplo, el Código de comercio español para la zona de Marruecos de 1914, y la normativa reglamentaria que de algún modo menciona la figura.

b) La entidad financiera, no tendrá que realizar un exhaustivo examen de la garantía, esto es, si se ha contratado por el importe total de las cantidades que se anticiparán en la concreta promoción, si con la misma se cubre también la devolución de los intereses exigidos, ni ninguna otra condición relacionada con el contenido de la garantía en sí.

Y esta es la única responsabilidad que el legislador atribuye a las entidades financieras, el que se abra la cuenta especial, cumpliendo dichos requisitos.

Y lo que es más, deberá entenderse como una responsabilidad subsidiaria; aplicable tan solo en los supuestos en que no se pueda obtener el comprador, la satisfacción de su derecho del promotor (la devolución de las cantidades anticipadas realmente más los intereses legales, hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda o de inicio de la obra), tras haberlo intentado incluso por la vía judicial y habiendo agotado todas las vías admitidas en derecho para ello.

En sintonía a dicha consideración de responsabilidad “*in extremis*” de la entidad financiera, si posteriormente a abrir indebidamente dicha cuenta por la entidad financiera, se constituyeran las garantías a las que hace mención la condición primera de la Ley, entendemos extinguida la mencionada responsabilidad.

Y así lo entiende también el Alto Tribunal³⁴⁰ en algunos supuestos en que se han constituido las garantías posteriormente a la apertura de la cuenta; supuestos en los que la pretensión de la entidad garante, era evitar la devolución de aquellas cantidades que, aun habiéndose ingresado en la cuenta especial, se habían ingresado con anterioridad a la contratación del seguro de caución por el promotor; argumento esgrimido por la entidad aseguradora, que en nada sirvió para eludir su responsabilidad, al ser rechazado, de pleno, por el Tribunal.

2. INGRESOS Y DISPOSICIÓN DE LA CUENTA ESPECIAL

El legislador, a nuestro juicio, tan solo establece la responsabilidad subsidiaria o “*in extremis*” de la entidad financiera, en relación a la apertura de la cuenta especial. De hecho, comienza la frase en la que menciona dicha responsabilidad, de la siguiente forma: “Para la apertura...”, y ha de entenderse solo para ello.

El resto de las obligaciones, recogidas bajo la denominación de “condiciones”, por el legislador, son dirigidas a “Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas...”, que deberán cumplir con las obligaciones de “...b) Percibir las cantidades....y de las que

³⁴⁰ Sentencia núm. 798/1997 de 22 septiembre [RJ\1997\6410].

únicamente *podrá* disponer...”; sin que vaya dirigida dicha obligación, en modo alguno, a las entidades financieras.

Si bien ello, no ha sido poco el celo puesto por las entidades financieras para “fiscalizar” las disposiciones a realizar por los promotores en dichas cuentas especiales, lo que ha derivado en una serie de casuística utilizada por éstos, para eludir el control al respecto, por parte de aquellas³⁴¹.

Entendemos que el legislador conocía perfectamente que, dicha obligación, solo podría ser impuesta y cumplida por el promotor o dicho de otra forma, requería en todo caso, la colaboración del promotor al cual le sería fácil como así ha sido, ocultar la información a la entidad financiera, domiciliando esos ingresos en una cuenta ya abierta o bien, dirigiéndose a otra entidad financiera, en la que se abriera dicha cuenta sin comunicar, el promotor, la finalidad de la misma a dicha entidad.

Además, otro dato significativo es que el legislador solo denomina dicha cuenta como “especial” pero sin entrar a regularla en forma alguna: ni clausulado concreto, ni qué documentación debería presentar el promotor para permitirle disponer, ni ningún otro requisito que deba tener.

Por último, la equiparación que parte de la doctrina establece de dicha cuenta especial, con la cuenta especial contable habitual en los préstamos concedidos a promotores para financiar una concreta promoción (también conocidos como “Préstamos Promotor”³⁴²), carece de sentido; pues en primer lugar, ni el legislador ha pretendido ello, ni, probablemente, se pudiera utilizar dicho mecanismo³⁴³ ni uno parecido para regular las disposiciones de la cuenta

³⁴¹ Por ello, MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Protección de la edificación y protección del consumidor: La Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995, pág. 80, señala que «el importe que van satisfaciendo los adquirentes pasa a disposición del promotor que, en consecuencia, lo hace suyo. Pero se produce una limitación en su disposición, ésta no es libre. Está absolutamente dirigida al pago de gastos o facturas que produzca el constructor o los industriales colaboradores de la construcción. De este modo, para el promotor, se produce no una limitación en la cuantía sino en el tipo de disposición. Es un límite a la facultad de disponer, aunque la propia norma no establece cómo se lleva a cabo el control de esa limitación en la disposición”. Esta falta de definición nos revela una casuística variada que lleva a parte de la doctrina a afirmar, como CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997», op. cit., pág. 65, que “el banco permite al promotor que retire fondos ingresados sin que sea necesario que demuestre su destino, ya que nos encontramos ante un depósito de disponibilidad”. Véase también, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador...”, op. cit., pág. 15.

³⁴² El cuál no se entiende perfeccionado sino desde el momento de su desembolso íntegro. En este sentido, siguiendo a aquella parte de la doctrina que defienden “...la caracterización que se deriva del art. 1740 CC., considerando el contrato de préstamo como un contrato real, que precisa para su perfección la entrega de la cosa, constituyendo dicha entrega, por tanto, un requisito esencial para el nacimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Los defensores de este planteamiento consideran la entrega como un elemento esencial, constitutivo del negocio, justificándose en que ésta revela la voluntad de los contratantes de obligarse jurídicamente, es decir, constituye la forma esencial de manifestar la voluntad vinculatoria”, *Texto extraído de la página web de Luis Romero Abogados: <http://www.monografias.com/trabajos88/contrato-prestamo-derecho-espanol/contrato-prestamo-derecho-espanol>*

³⁴³ MECANISMO DE FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA ESPECIAL CONTABLE.

La cuenta especial contable es donde se desembolsa “ficticiamente” el principal de un “préstamo promotor”; las disposiciones del préstamo se realizan con una transferencia del importe que proceda (limitando su disponibilidad según lo pactado y siempre que acredite mediante la documentación exigida, el avance de la construcción concreta, habitualmente, mediante “certificaciones de obra” de dicha construcción) a una cuenta compensadora, que es desde la que el promotor podrá disponer de la cantidad desembolsada en cada momento. Sobre la cuenta especial contable se constituye un derecho de prenda para asegurar frente a terceros la indisponibilidad y la preferencia de derecho sobre

especial prevista por la LOE y, en segundo lugar, el promotor no firmaría ninguna cláusula limitativa en dicho sentido, sugerida por la entidad financiera al respecto.

En conclusión, “...esta obligación de mantener una cuenta separada no constituye una garantía excesivamente consistente. La cuenta separada no impide la mala gestión económica...Tampoco el promotor requiere una autorización especial (que no será la entidad depositaria la encargada de fiscalizar) para disponer de fondos de este “depósito de disponibilidad”, o aplicarlos conjuntamente a varias promociones que tenga en curso...La ilegitimidad de esta disposición no se acompaña de un control de terceros, que pudiera convertirse en una auténtica limitación del poder de disposición”, en las acertadas palabras de CARRASCO PERERA³⁴⁴, quien de esta forma manifiesta, a nuestro juicio, que considera que el único destinatario de dicha obligación, es exclusivamente el promotor.

el saldo resultante de la referida cuenta especial contable. La cuenta compensadora es donde se reflejarán los importes que, por razón del préstamo, proceda cargar o abonar.

³⁴⁴ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op. cit., pág. 551.

V. PROBLEMÁTICA Y CASUÍSTICA

Antes de analizar, en el siguiente apartado, supuestos concretos sobre la responsabilidad de las entidades financieras relacionados con la cuenta especial, resueltos por el Tribunal Superior o por algunos tribunales menores que nos resultan de gran interés, no podemos dejar de poner de manifiesto al menos, algunos hechos sobre los que nos gustaría llamar la atención, cuales son, la posibilidad de embargos de la cuenta especial, la pignoración de los ingresos por el promotor en garantía de la constitución de las garantías exigidas por la disposición adicional primera³⁴⁵ de la Ley de Ordenación de la Edificación y el pago de los recibos del préstamo promotor con cargo al saldo de la cuenta especial o de las primas del seguro de caución o de las comisiones por la emisión de los avales solidarios.

1. EMBARGO DE LA CUENTA ESPECIAL

Aunque no nos hemos encontrado ningún supuesto concreto de embargo practicado por órgano administrativo o judicial sobre los saldos existentes en una cuenta de las denominadas especiales, podría plantearse dicha situación.

En el supuesto de que la entidad financiera recibiera orden de embargo sobre los saldos existentes en una cuenta del promotor que hubiera sido abierta como “cuenta especial”, debería proceder a dicha retención y a emitir contestación al Juzgado u organismo administrativo embargante, indicando la peculiaridad de dicha cuenta especial, ante la cual, entendemos, los órganos judiciales deberían dar orden de levantar dicho embargo y permitir que el destino de dichas cantidades sean las indicadas por la Ley, o bien dar orden, dependiendo del asunto litigioso³⁴⁶, para que dichas cantidades sigan retenidas a disposición judicial.

El mayor problema surgiría con los denominados embargos automáticos. Embargos telemáticos son aquellos en que los ficheros se remiten telemáticamente por teleproceso³⁴⁷, de tal forma que la traba/retención de los

³⁴⁵ Apartado Uno.1.a).

³⁴⁶ Procedimiento instado por el propio adquirente frente al promotor para recuperar las cantidades anticipadas.

³⁴⁷ Disposición Cuarta.1 de la Resolución de 16 de diciembre de 2011, de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por la que se establece el procedimiento para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas a la vista abiertas en entidades de crédito. Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social de 17 de julio de 2001 dicta instrucciones para efectuar por medios telemáticos el embargo de dinero en cuentas abiertas en entidades de depósito. La Circular 2/2.011 de la Secretaría General de la Administración de Justicia sobre “requerimientos telemáticos” estableció los embargos telemáticos con la AEAT y las cuentas a la vista en entidades bancarias (la orden de embargo se envía desde la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales que, a través del Punto Neutro Judicial, la reenvía a las entidades bancarias). Realizar directamente peticiones de embargo sobre cantidades que el deudor tenga en cuentas a la vista en las entidades

importes y la transferencia de los saldos, a favor del organismo embargante, se produce de forma automática (si no existe clave de retención por parte de la entidad financiera de la cuenta concreta, sobre la que llega la orden de embargo), sin requerir de operatoria manual alguna por parte de la entidad de crédito, escapando, por consiguiente, de ningún control posible por el banco³⁴⁸.

En estos supuestos, el imperativo legal se vería vulnerado sin voluntad en tal sentido, ni de la entidad financiera, ni del promotor y probablemente, tampoco del órgano embargante que desconocerá a situación. Esta situación, en cualquier caso, sería del todo imprevisible puesto que tampoco podemos concluir que, basándose en el tenor literal del legislador de la disposición adicional primera de la LOE, la entidad financiera haya de proceder al bloqueo de los saldos de dicha cuenta especial para evitar estas posibles situaciones.

2. PIGNORACIÓN DE LA CUENTA ESPECIAL

Respecto a la pignoración³⁴⁹ de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de las viviendas de una promoción, existen las dos posturas contrapuestas:

1.- Aquellos que opinan que, en virtud de las obligaciones establecidas para el promotor así como para las entidades bancarias en la LOE, en relación a dicha cuenta especial, la prenda de la cuenta especial sería contraria a las exigencias de la referida Ley, dado que las citadas cantidades únicamente pueden destinarse al pago de los gastos de construcción de la promoción.

2.- Frente a la postura de los que defienden que es posible la pignoración de dichos saldos, pese a las obligaciones al promotor impuestas por la Ley y en concreto a la limitación de disponibilidad que la Ley establece al promotor, puesto que entienden que la pignoración, en sí misma, no es en sí una disposición, sino un bloqueo de dichas cantidades.

A nuestro juicio, dicha cuestión, al margen de intentar argumentar cual es la postura más acertada, carece de sentido. No entendemos qué objetivo pueda perseguir el promotor que precisamente pacta con los compradores unos ingresos anticipados, seguramente para tener más liquidez y para poder disponer de las cantidades antes de la finalización de la construcción de las viviendas, si,

financieras adheridas al Convenio firmado entre Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Española de la Banca.

³⁴⁸ En estos supuestos, el promotor pudiera intentar que prosperara una tercería de mejor derecho siempre que la entidad financiera le certificara que dicha cuenta especial se ha abierto como tal y pudiera acreditarse que los ingresos pertenecen íntegramente a los adquirentes de una concreta promoción de viviendas. Aunque desconocemos las posibilidades de que sus alegaciones fueran atendidas, concluyendo con éxito la recuperación de las cantidades embargadas.

³⁴⁹ Véase la interesante obra de SÁNCHEZ GUILARTE, J., “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”, *Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, Madrid, 1990.

posteriormente, como exigencia de la entidad garante, tiene que pignorar dichas cantidades; salvo que la finalidad del promotor sea buscar un mayor compromiso del comprador con el anticipo de cantidades a cuenta del precio final, o bien, por circunstancias diversas, no pudo prever dicha exigencia de la entidad garante por lo que el promotor se vería obligado a ello, posteriormente a la firma del contrato de compraventa. En el último caso, si el promotor no puede obtener las garantías que le exige la Ley de otra forma, se verá abocado a ello inexcusablemente; viéndose nuevamente vulnerado el imperativo legal, sin voluntad del promotor en este sentido, ni de la entidad financiera que entiende que, para poder emitir las garantías, debido a la capacidad de endeudamiento del promotor, debe exigir la constitución de dicha prenda.

3. PAGO DE LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO PARA LA FINANCIACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN

Habitualmente en los préstamos otorgados al promotor, para la financiación de la construcción, suele pactarse un período de carencia de amortización de capital, que va desde el otorgamiento de la escritura hasta el plazo establecido para finalización de las obras (denominado período promotor).

Por consiguiente, durante dicho período, el promotor ha de satisfacer únicamente los intereses remuneratorios del préstamo, calculándose sobre las cantidades dispuestas y no reembolsadas. Si dichos recibos comprensivos de intereses no se abonan por el promotor, éste no podrá solicitar la disposición de nuevos importes de capital por lo que no podrá continuar con la obra. En no pocas ocasiones, las entidades financieras, en aras impedir que una puntual falta de liquidez del promotor al no poder atender dichos recibos, paralice la construcción de las viviendas, ha consentido que dichos recibos se paguen con cargo a los saldos de la cuenta especial, ante una petición en este sentido del promotor.

Evidentemente, se puede entender que el pago de los intereses del préstamo que financia una concreta promoción, no son *stricto sensu* "...atención derivada de la construcción de las viviendas..."; interpretando, sin embargo, los operadores implicados (tanto promotores como entidades bancarias) que el término amplio de "atención" sí permite encuadrarlos como tal, siempre que sean, dichos intereses, derivados o, por mejor decir, devengados en virtud del préstamo que financia la construcción de la concreta promoción para la que dichas cantidades fueron anticipadas³⁵⁰.

³⁵⁰ La Doctrina critica la falta de definición legal al respecto como la falta de control de terceros y así por todos, CARRASCO PERERA, Á., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», op. cit., pág. 551, afirma que "esta obligación de mantener una cuenta separada no constituye una garantía excesivamente consistente. La cuenta separada no impide la mala gestión económica. Del tenor de la Ley se desprende que se trata de un patrimonio relativamente separado, que no responderá -aunque el tema es dudoso- de las deudas ordinarias del promotor, pero que no impedirá que los créditos derivados de la construcción se hagan efectivos sobre estos fondos. Tampoco el promotor requiere una autorización especial (que no será la entidad depositaria la encargada de fiscalizar) para disponer de fondos de este «depósito de disponibilidad», o aplicarlos conjuntamente a varias promociones que tenga en curso, por mucho que su disposición indebida constituya delito. La ilegitimidad de esta disposición no se acompaña de un control de terceros, que pudiera convertirse en una auténtica limitación del poder de disposición".

4. PAGO CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

Con idéntica argumentación serían rechazables los cargos en la cuenta especial de aquellos importes que giran las entidades garantes con motivo de la contratación de las garantías. En puridad no puede justificarse que dichos pagos constituyan “atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, ni la prima del seguro de caución, ni el pago de la comisión por la emisión del aval.

VI. JURISPRUDENCIA

Conviene detenernos en recoger algunas de las resoluciones más recientes que sobre la cuenta especial ha dictado el Tribunal Supremo, así como de algunas dictadas por jurisprudencia menor que, aunque son más antiguas, son igualmente, interesantes de resaltar.

TRIBUNAL SUPREMO.

STS, nº 780/2014, de 30 de abril de 2015 [RJ\2015\2017]:

“...en esta línea de interpretación ya trazada, esto es, de la razón tuitiva de la norma y de su alcance imperativo...procede declarar que las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/68, son todas aquellas que fueron anticipadas por el comprador mediante el ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales”.

Vemos acertada la resolución puesto que se trataba de un supuesto en que las aportaciones se ingresaron en una cuenta de la entidad bancaria, distinta de la definida como especial, pero abierta por indicación e interés de la propia entidad bancaria, extremo que había quedado suficientemente probado.

STS, de 16 de enero de 2015 [RJ\2015\278]³⁵¹:

“El artículo 1 de la misma 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 de crédito financiadora de la promoción ni aquellas entidades que pudieran recibir los fondos posteriormente”.

Sí condenaba a aquella entidad de crédito que recibió las aportaciones pero no a la que financió la construcción de las viviendas, pese a haber recibido transferencias de la cuenta especial.

STS Sala Civil (Pleno), de 13 de enero de 2015 [RJ\2015\352]:

“...que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor, como dijimos, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las

³⁵¹ Nº Recurso Casación 2336/2013.

cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro”.

Como doctrina jurisprudencial en dicha sentencia se declara:

“1. De acuerdo con el art. 2 de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335), es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir”.

No coincidimos en la teoría, como hemos explicado en el capítulo anterior, pero la práctica revela al promotor como el único responsable del cumplimiento de dicha obligación; lo que consecuentemente supone, no solo que el adquirente no es responsable, sino que tampoco pueda hacerse responsable (entendiendo como aquel que sufre las consecuencias de ello) a la entidad financiera que abrió la cuenta especial, ni a la entidad garante que prestó la garantía.

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

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

Como ya hemos matizado, sin embargo, habrá que estar al supuesto concreto, pues si por el contrato de compraventa se establece como cuenta de pago la cuenta especial, y ordenar la cuenta de destino esté en manos del comprador (p. ej., cuando la forma de pago sea mediante transferencias), el mismo deberá, a nuestro juicio, cumplir con dicha obligación.

AUDIENCIAS PROVINCIALES Y JUZGADOS.

Sentencia 9/2015, de 19 de enero de 2015, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Roquetas de Mar.

En la que se resuelve que el hecho de acreditar unos ingresos en la cuenta de una entidad bancaria, no determina que dicha cuenta fuera especial, máxime cuando dicha cuenta ya se encontraba abierta hacía tiempo por el promotor en la referida entidad financiera, argumentando:

“...Pero dicho hecho no obligaba a la entidad bancaria 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,...Cuestión distinta es que se hubiese aperturado la cuenta especial para recepcionar los pagos y no se hubiese exigido por la entidad crediticia, la formalización de aval o seguro”.

Sentencia de la AP de Murcia nº 423/2012, de 27 de septiembre de 2012 [RJ\2012\370856].

En dicha sentencia se condena a la entidad financiera que abrió una cuenta especial para el ingreso de las cantidades anticipadas, puesto que sentenciaba que:

“... para tal apertura de la cuenta especial no se exigió debidamente la garantía legalmente establecida, incumpliendo la obligación...que nace de la Ley..., que viene a atribuirle la condición de garante de la existencia de dichas garantías de devolución, para proteger los intereses de los adquirentes, de cuya existencia al tiempo de apertura de la cuenta no puede desentenderse, sino que, por el contrario, ha de controlar y verificar”.

Perfecta definición pero mala resolución a nuestro juicio, pues se confunde, tras el análisis del supuesto concreto, la constitución de las garantías como pólizas globales (que sí estaban constituidas y son las únicas posibles de emitir en dicho momento de apertura de la cuenta), con la emisión de los avales individualizados que, como hemos indicado, no es posible *de facto* que estén otorgadas por desconocimiento de quiénes serán los beneficiarios.

Sentencia de la AP de Cádiz, de 27 de marzo de 2000 [RJ\2000\4890].

“Para que pudiera hablarse de una posible responsabilidad...-de la entidad financiera-...por las cantidades entregadas por los compradores..., es necesario que efectivamente dicha entidad se hubiera constituido en la depositaria de tales cantidades entregadas a cuenta...”; “...es preciso que se abra por parte de la Promotora esa cuenta especial a través de la cual...se efectuarían los ingresos...”; “...Según consta en las actuaciones, en ningún momento se procedió...a la apertura de la cuenta especial...”, por lo que no habiéndose constituido en depositaria la entidad financiera de tales cantidades, “...en modo alguno puede exigírsele responsabilidad alguna a aquélla por el incumplimiento...-del promotor-...”

Ajustada de pleno a la argumentación que defendemos y acorde, a nuestro juicio, a lo legalmente establecido.

VII. CONCLUSIONES

La normativa que nos ocupa³⁵² establece para los promotores de viviendas que pretendan recibir, de los adquirentes de las viviendas de una promoción concreta, cantidades anticipadas a la construcción de las mismas, la obligación de abrir *ex profeso*, una cuenta denominada especial donde realizar los ingresos de dichas cantidades anticipadas, separadas de cualquier otro fondo del promotor e incluso de cualquier otra promoción o fase de la misma promoción.

Además, les exige una diligencia en la disposición de dichos fondos exclusivamente para las “atenciones derivadas de la construcción” concreta de dichas viviendas. Todo ello con la finalidad, aunque algo inconsistente, de cierto saneamiento contable y de evitar la distracción de dichos fondos para otras necesidades diferentes. Para ello la norma se limita a denominar la cuenta como especial sin fijar una regulación concreta de dicha cuenta o mandato expreso dirigido a la entidad financiera donde se apertura, en cuanto al funcionamiento de la misma.

Sí da a las entidades financieras el mandato expreso de controlar que, con carácter previo a la petición de apertura de la cuenta especial por parte del promotor, éste haya cumplido con otra de las obligaciones concreta que le fija la Ley, a saber, la constitución de la garantía que cubra la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes, para el supuesto de incumplimiento por el promotor de iniciar las obras o entregar las viviendas en el plazo convenido.

Dicho control, simplemente puede consistir en que se hayan constituido las pólizas flotantes o globales de las garantías, por ser imposible, en dicho momento de apertura de la cuenta, que estén emitidos los certificados o avales individualizados de las mismas.

A dicha única obligación dirigida a las entidades financieras le atribuye la ley la responsabilidad de asumir las consecuencias en caso de incumplimiento. Responsabilidad que ha de entenderse limitada a las cantidades efectivamente ingresadas en dicha cuenta; y subsidiaria, por lo que si posteriormente se contratan las garantías, decaerá tal responsabilidad, como tampoco podrá exigirse la misma, si no se han agotado todas las acciones, para recuperar las cantidades, contra el obligado principal.

Pese a ello, no son pocas las sentencias que declaran responsables a las entidades financieras aun cuando ellas mismas desconocen que en una cuenta abierta con anterioridad por el promotor, se están realizando los ingresos de las cantidades anticipadas por los adquirentes.

En este sentido, las entidades financieras se encuentran abocadas a tomar ciertas medidas que quizá, hubiera sido deseable se adoptaran por el legislador del 2015, tales como exigir que para considerar una cuenta como

³⁵² Actualmente la LOE a través de su disposición adicional primera y anteriormente la Ley 57/1968.

especial a los efectos de lo establecido por la disposición adicional primera de la Ley 38/99 y, por consiguiente, entenderse cumplida dicha obligación por el promotor, bajo la presión de las sanciones correspondientes, deberán constar como tal en su apertura y así, identificarla con un texto a modo título de cuenta, como “cuenta especial de la promoción XX”.

O bien, incluir en las cuentas a abrir a los promotores cláusulas al respecto, indicando que la referida cuenta, no tendrá consideración, en ningún caso, de cuenta especial, al margen del uso que haga de ella, el promotor titular de la misma. Amén de establecer un protocolo de actuación para dar cumplimiento a la obligación establecida por la Ley.

Entendemos que la medida de aseguramiento pretendida por la Ley con dicha obligación es fácilmente eludible por el promotor, a costa de la responsabilidad de la entidad de crédito.

Por lo que el legislador para lograr la triple finalidad esperada con la apertura de una cuenta especial, a saber: que al abrirse la cuenta especial, las garantías estén contratadas por el promotor; que por ello, no se realicen anticipos de cantidades más que en la cuenta especial separada de otros fondos del promotor y una vez contratadas las garantías globales; y, que de dichas cantidades se disponga únicamente, para atenciones derivadas de la construcción de las viviendas para las que fueron anticipadas, debería haber entrado no solo a establecer, si así lo pretendía, las facultades de control de la entidad financiera al respecto, sino incluso, algún mecanismo para que el promotor cumpla efectivamente con la obligación de abrir una cuenta separada y no pueda eludir dicha obligación frente a la entidad financiera, frente a las entidades garantes, ni frente a los compradores. Mecanismo que pudiera consistir en la necesaria obtención de un certificado de la entidad financiera y la obligación de incorporarlo como documentación al contrato de compraventa o bien, incorporándolo como requisito sin el cual no se entendiera cumplida esta obligación por el promotor; comprometiendo a la entidad financiera en el control de las referidas cuentas especiales, pudiendo ser sancionado el comprador, en caso de no poder acreditar la apertura de una cuenta especial³⁵³.

Pues como señala la doctrina: “El artículo 1 de la Ley 57/1968 no tiene la claridad que sería deseable³⁵⁴” y continúa la normativa actual sin la deseada claridad sobre la “genérica responsabilidad” de la entidad financiera en la que el promotor abre la cuenta especial para el depósito de las cantidades entregadas anticipadamente, con respecto a las limitaciones de los ingresos y de las disposiciones a realizar en la misma. Dicha responsabilidad, desgraciadamente, sigue permaneciendo “...en la más absoluta de las indefiniciones...³⁵⁵”.

³⁵³ Al igual que se establece que “...el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía... dará lugar a una sanción...” en el apartado Siete de la disposición adicional primera de la LOE en la redacción recientemente modificada.

³⁵⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 130.

³⁵⁵ CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, op. cit., pág. 159.

Por último, un mayor celo de la Administración en cuanto al cumplimiento de la normativa por parte del promotor, también sería aconsejable.

Para cerrar este capítulo, insertamos un modelo de certificado de cuenta especial y la posible incorporación como requisito, del referido certificado. Ello posibilitaría la interposición de una sanción al promotor, en caso de no poder acreditar la efectiva apertura de una cuenta especial.

Sugerencia.

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 cuentas o depósitos la entidad de crédito bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior. *No se entenderá abierta dicha cuenta especial, si no está identificada como tal o la entidad depositaria no emite un certificado al respecto.*

MODELO DE CERTIFICADO DE APERTURA DE CUENTA ESPECIAL

D./D^a. (poner el nombre del director/a de oficina), en su calidad de Apoderado/a de BANCO XXX XXXX, S.A. (XXXX) entidad con domicilio social en XXXXX, Calle xxxx, n° xxxx y con CIF AXXX.

***CERTIFICA:** Que con fecha,, la empresa/D., CIF/NIF, ha abierto en esta Entidad, cuenta especial con el número, e identificada como tal, para la Promoción de XX viviendas, que dicha empresa/empresario está promoviendo en la Parcela,
Que previo a su apertura, esta Entidad ha comprobado, mediante exhibición del original de la misma, que el Promotor mencionado tiene contratada Póliza global n° XXX, pendientes de emisión de los documentos individuales de garantía, de conformidad con lo exigido por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en su disposición adicional primera Uno.1.b).*

Y para que conste donde proceda y a petición del/de la titular, expide la presente en..... a... de..... de 201X.

Por **BANCO XXXXXX, S.A.**

Fdo. _____

**CAPÍTULO QUINTO.-
LOS AVALES SOLIDARIOS COMO GARANTÍA DE
DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS
EN LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS**

Atendiendo a los requisitos que ha de cumplir un aval para que pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que ha fijado el legislador en la reciente modificación operada en la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación que, a partir del 1 de enero de 2016, será la norma que regule la materia de estudio de este trabajo, consideramos relevante, con carácter previo a analizar dichos requisitos, establecer claramente las diferencias esenciales entre un aval solidario y un aval a primer requerimiento y analizar la naturaleza y características de una y otra figura.

Y ello, puesto que si bien continúa usando la terminología de aval “solidario”, que era la usada por el legislador de la Ley 57/68, al referirse al aval que debe emitir una “...entidad de crédito debidamente autorizada...” como una de las opciones que se ofrecen al promotor de viviendas mediante la que dar cumplimiento a su obligación legal de garantizar las cantidades que pretenda percibir anticipadamente de los compradores, a, o durante, la construcción de las mismas; si bien, como decimos, al referirse a dicha garantía y al describir aquellos requisitos en el apartado Dos. 2 de la disposición adicional primera de la LOE, no utiliza la misma terminología³⁵⁶ y además exige un requisito que no hace sino confundir y dudar de si lo pretendido es que se emita una simple fianza, un aval solidario o bien, un aval a primer requerimiento, como debidamente analizaremos.

No debe olvidarse que lo que determina el carácter mercantil es el negocio afianzado y no el propio negocio de la fianza y en el caso del aval contemplado en la Ley 57/1968, no se garantiza, como indica ESTRUCH ESTRUCH³⁵⁷, “...el cumplimiento de un contrato mercantil, sino el cumplimiento de una obligación de devolución de cantidades entregadas a cuenta de un contrato civil, cual es el de la compraventa de inmuebles (artículo 325 del Código de Comercio”.

CARRASCO PERERA³⁵⁸, por su parte, indica que la Ley “...utiliza la denominación usual de aval como equivalente a cualquier garantía personal subsidiaria de naturaleza accesoria o no accesoria”.

I. AVAL SOLIDARIO Y AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO

Para adentrarnos en el fondo de la modificación realizada al respecto por el legislador del 2015, es nuestra intención ofrecer una presentación

³⁵⁶ Como veremos dicha cuestión tiene importancia en tanto en cuanto no está clara si la fianza prestada por la entidad sería solidaria o no, puesto que para considerar un afianzamiento como mercantil y por consiguiente, solidario y no subsidiario – aunque ello también es cuestionable –, el Código de Comercio, en su artículo 439, establece que será mercantil todo afianzamiento que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil aun cuando el fiador no sea comerciante. Interesante analizar la obra de REYES LÓPEZ, M^a. J., “Fianza y nuevas modalidades de garantía: análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentario y Jurisprudencia”, 1996.

³⁵⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., 2009, pág. 160, nota (170).

³⁵⁸ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op. cit., pág. 548.

actualizada de dos de las garantías que en el mercado bancario y financiero se emiten, el aval solidario y el aval a primer requerimiento que, como tantas instituciones jurídicas de nuestro Derecho, encuentra sus raíces en el Derecho Romano y, en concreto, en la figura de la *fideiussio*³⁵⁹.

ANGULO RODRÍGUEZ³⁶⁰ afirma que “la garantía personal actualmente más utilizada en el tráfico mercantil, es la que se conoce como aval en sentido amplio...”, por ser aquella que prestan las entidades financieras (también, las que estas entidades exigen como contra-garantía en las operaciones de activo formalizadas con sus clientes), y si bien, en puridad y conforme entiende INFANTE RUIZ³⁶¹, “...estas formas de garantía deberían ser subsumidas en el tipo contractual de la fianza...”, “...en ocasiones se desnaturalizan tanto que llegan a configurar auténticas figuras atípicas de garantía...”³⁶².

En la modalidad de “aval bancario”, podemos entender, que estamos en presencia de una garantía solidaria que, en virtud de la autonomía de la voluntad contractual, contenida en el artículo 1255 del Código Civil y pese a no tener tipificación legal, ha ido encontrando encuadre en la doctrina jurisprudencial, que afirma, en numerosas sentencias, que no estamos en presencia de una simple fianza convencional, sino de un contrato complejo, autorizado por el principio general de autonomía privada.

El aval por antonomasia ha sido la garantía cambiaria, extendiéndose a las garantías emitidas por entidades de crédito como también a otras garantías creadas por leyes especiales (a favor de las Administraciones o la garantía fijada por la Ley 57/1968).

Aceptada doctrinal y jurisprudencialmente, surge la figura del aval a primer requerimiento, que, en cierta forma, refuerza el derecho del beneficiario de dicho aval, puesto que se configura como una garantía atípica y caracterizada por su naturaleza autónoma que, sin embargo, no se desliga de la concepción causal de nuestro Derecho, que impone la necesaria vinculación entre garantía y obligación garantizada³⁶³.

Sin embargo y en palabras acertadas de MÉNDEZ SERRANO³⁶⁴, “...en torno a la figura del llamado contrato autónomo de garantía existe una

³⁵⁹ Interesante analizar la obra de DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit., sobre la distinción dogmática entre obligación fideiusoria y el contrato de fianza y siendo en su verificación empírica donde surgen algunas dudas.

³⁶⁰ ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de, “Actualidad de las Garantías Personales Atípicas”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005, pág. 31.

³⁶¹ INFANTE RUIZ, F. J., “Las garantías personales y su causa”, *Tirant lo Blanch*, 2004.

³⁶² Nuevamente ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de, “Actualidad de las Garantías Personales...”, op. Cit.

³⁶³ Artículo 1261 CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:...3. Causa de la obligación que se establezca”.

³⁶⁴ MÉNDEZ SERRANO, M^a M, “Algunos apuntes sobre la causa del llamado contrato autónomo de garantía”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS

acusada controversia de carácter dogmático que mantiene enfrentada y confundida a la mayor parte de la doctrina”.

Así, algunos autores opinan que dicha vinculación entre la garantía y la obligación garantizada, aunque en mayor o menor grado, no puede desaparecer absolutamente, y en esta línea SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE³⁶⁵, defiende que “...la nota de accesoriedad propia de ésta – refiriéndose a la fianza- queda severamente atenuada, aunque no desaparezca totalmente, ya que la obligación del garante nunca podrá ser superior a la obligación garantizada” o bien, MARTÍNEZ-CALCERRADA³⁶⁶ que afirma que “...la extinción de la obligación garantizada por cumplimiento extingue la garantía”.

Por el contrario, encontramos los que consideran como FONT GALÁN³⁶⁷ que “la garantía a primera demanda se caracteriza porque el garante, por orden del deudor-ordenante, se obliga de modo autónomo y automático a satisfacer una determinada cantidad de dinero al beneficiario de la garantía...”.

O en palabras de MÉNDEZ SERRANO³⁶⁸, “La característica básica de esta institución es precisamente su independencia respecto de la relación que garantiza, siendo ésta la razón y el motivo de la confusión doctrinal planteada”.

Como bien concluye, ANGULO RODRÍGUEZ³⁶⁹ “...la inclusión de esta cláusula “a primera demanda” se ha ido difundiendo en otras formas de garantías personales, típicas o atípicas, con ánimo de reforzar su funcionamiento autónomo y dependerá de sus términos, que pueda acabar desnaturalizando o no la figura de garantía típica...” por lo que, siguiendo esta línea, no descartamos dicha posibilidad futura.

Nos resta por consiguiente, intentar comprender la naturaleza de este tipo de garantía para lo cual es fundamental acudir a sus orígenes y el por qué de su nacimiento como forma de garantizar obligaciones.

y HOYOS ELIZALDE (Dir.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005, pág. 326. Véanse también las obras SANCHO REBULLIDA, “Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil”, *RGLJ*, 1971, páginas 675 y siguientes; MIGUEL TRAVIESAS, M., “La causa en los negocios jurídicos”, *RGLJ*, volumen XVII, nº 1919, páginas 58 y siguientes.

³⁶⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda”, Madrid, 1995. También del mismo autor SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Garantías Bancarias: las cartas de “patrocinio” y las garantías “a primera demanda”; *Contratos Bancarios*”, *Editorial Civitas*, Madrid, 1992.

³⁶⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, 1992, Tomo 3.

³⁶⁷ FONT GALÁN, “Natura e Disciplina Giuridica delle polizze fidejussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni. Assicurazioni”, núm. 1, 1996.

³⁶⁸ MÉNDEZ SERRANO, M^a M., “Algunos apuntes sobre la causa del llamado contrato autónomo...”, op. cit., pág. 327.

³⁶⁹ ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de, “Actualidad de las Garantías...”, op. cit., pág. 32.

1. AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO

Frente a la figura de la fianza, en el tráfico mercantil internacional de los años 70 y 80 del siglo pasado, se configuró una garantía autónoma denominada, garantía “a primer requerimiento” o garantía “a demanda” (<<demand guarantee>>).

Consistían en obligaciones de pago asumidas por el garante con total independencia de las vicisitudes del negocio subyacente. Evidentemente, dicho negocio subyacente existía y era conocido por el garante y el beneficiario, pues era el que originaba la garantía, pero las reglas de juego impuestas consistían en que el garante pagaría, a petición del beneficiario, sin poder oponer las excepciones que derivaran de dicho negocio subyacente.

Ciertamente, no existe una regulación legal en nuestro Derecho de la garantía autónoma, como tantas figuras usadas en la práctica bancaria. Nuestro Derecho, al igual que la mayoría de los Derechos europeos, no reconoce esta figura.

Y es que, precisamente dicha falta de reconocimiento ha originado, como afirma SIMLER PHILIPPE³⁷⁰, que “la técnica de las garantías autónomas sea la que ha despertado mayor interés... y también, la que ha presentado mayores dificultades”, porque si bien es cierto “...que existen similitudes entre las fianzas y las garantías autónomas –pertenecen al mismo tipo de garantías personales– éstas también presentan diferencias fundamentales en cuanto a sus caracteres y por tanto, en cuanto a su régimen”.

Pese a esa falta de reconocimiento pero aparados en el principio de “autonomía de la voluntad”³⁷¹, la jurisprudencia³⁷² y la doctrina, aunque no sin vacilaciones iniciales, han admitido su validez. La argumentación para dicha reticencia, como hemos anticipado, es simple, en nuestro Derecho, no se reconoce la validez de los “negocios abstractos”, pues siempre ha de existir una causa³⁷³ como requisito esencial para la existencia del mismo negocio.

Dos son las posturas para justificar su existencia:

³⁷⁰ SIMLER PHILIPPE, “Las tendencias actuales en materia de garantías a demanda o incondicionales”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005, pág. 68. También puede verse la obra de ALBALADEJO GARCÍA, M., “Instituciones de Derecho Civil II, Barcelona, 1994, Ed. Jose M^o Bosch Editores.

³⁷¹ Artículo 1255 CC.

³⁷² En esta línea, interesante la lectura de la obra de SANJUAN CRUCELAEGUI, J., “Las garantías independientes en el Derecho español y su aceptación por la jurisprudencia”, *RdP*, 2001, n^o 7.

³⁷³ Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, 1981, páginas 732 y siguientes. Igualmente BIAGGIO GRASSO, “Breves consideraciones sobre la causa del llamado contrato autónomo de garantía”, *RdP*, 2002, páginas 149 y siguientes y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, “La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales”, Sevilla, 1990.

- Por un lado, la de aquellos que consideran que las garantías autónomas no son un “negocio abstracto” (en el sentido que el Derecho alemán da a esta figura), sino que recogen una simple “abstracción funcional”, es decir, en las mismas, no es necesario expresar la causa, ni los efectos de la garantía se ligan a las vicisitudes de la misma; pero la causa existe.
- Por otro, la de aquellos que la consideran como una obligación fundamentalmente abstracta, lo que no supone ausencia de causa, sino irrelevancia de la misma al ejecutarse la garantía con gran automatismo.

La diferenciación es fundamental, mientras los primeros y en ocasiones la jurisprudencia³⁷⁴, ha destacado la accesoriedad de la garantía con la finalidad de reducir el efecto de la cláusula a primera demanda, a la mera inversión de la carga de la prueba del incumplimiento y así el Tribunal Supremo a través del planteamiento de una especie de fianza con inversión de la carga de la prueba que probablemente no era lo pactado por las partes, buscar la justicia del caso concreto utilizando el recurso a la buena fe contractual; los segundos, entre los que se encuentran SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE³⁷⁵ entienden que, el auténtico efecto de la garantía a primer requerimiento, “...no es la inversión de la prueba para traspasarla del acreedor al garante, sino trasladar la cuestión a otro procedimiento ajeno al que pueda entablarse entre acreedor y garante...”, para que como remata ANGULO RODRÍGUEZ³⁷⁶ “...en ese ulterior procedimiento, que habrá de iniciar el ordenante de la garantía contra su antiguo acreedor, sea el ordenante y no el garante quien reclame y pruebe lo que a su derecho convenga”.

En el mismo sentido, CARRASCO PERERA³⁷⁷ afirma “...lo que comporta la cláusula de pago a primer requerimiento no es una simple inversión de la carga de la prueba del cumplimiento/incumplimiento, sino una inversión de los costes de pleitear que se trasladan al garante o al deudor, que deberán reclamar *ex post*, una vez que el beneficiario tenga el dinero en su poder, merced a que la cláusula conduce al *solve et repete*”.

ESPIGARES HUETE³⁷⁸, a nuestro juicio, acierta plenamente cuando afirma categóricamente que “...estudiar los mecanismos de defensa en los casos en que se reclama abusivamente, improcedentemente, o si se quiere, todavía más genéricamente, estudiar estos mecanismos en los casos en que el beneficiario pretende hacer efectiva la garantía, se convierte en un instrumento que depura la

³⁷⁴ STS de 2 de octubre de 1990, 15 de abril de 1991 y 27 octubre 1992. Aunque recientes sentencias, como veremos, cambian dicha doctrina.

³⁷⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El contrato autónomo de garantía. Las garantías...”, op. cit., 1995.

³⁷⁶ ANGULO RODRÍGUEZ, Luis de, “Actualidad de las Garantías...”, op. cit., pág. 33.

³⁷⁷ CARRASCO PERERA, Á., “Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000”, *CCJC*, núm. 54, 2000, pág. 991 y 992.

³⁷⁸ ESPIGARES HUETE, J.C., “Aspectos fundamentales de la problemática actual sobre las denominadas garantías “a primer requerimiento”, op. cit, pág. 169 y 170.

estructura de la garantía y ofrece con claridad su verdadera naturaleza, sus efectos, los intereses en juego, la distribución de riesgos realizada por las partes..., etc.”, puesto que de estos mecanismos de defensa “...depende en última instancia la efectividad de estas garantías”, que es, en definitiva, la cuestión esencial de la propia garantía.

En realidad, continúa ESPIGARES HUETE³⁷⁹ “...la verdadera efectividad de estas garantías tendrá lugar cuando exista uniformidad en el criterio de decisión de los jueces de instancia...” o cuando exista una “...reelaboración de la doctrina sobre la garantía <a primer requerimiento> por parte del TS...”.

En el Derecho Internacional, sí existe una regulación específica:

1º.- *Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional* relativas a la garantía “a primer requerimiento”, que son de frecuente aplicación en el ámbito internacional y se adoptaron el 3 de diciembre de 1991³⁸⁰. Las conocidas como RUGD.

Estas reglas, satisfacían como afirma CAMACHO DE LOS RÍOS³⁸¹, “...plenamente a los bancos –asiduos practicantes de las Garantías a Demanda– pero no a los aseguradores, quienes...” consideraban “...que las mismas no tenían en cuenta sus necesidades ni se adaptaban a su actividad...”, pues “...la forma de operar de los bancos y aseguradoras es, en esta materia, muy distinta...”.

HOYOS ELIZALDE³⁸², manifiesta que precisamente el origen de estas garantías se encontraba en la necesidad de “...dotar al mercado con instrumentos ágiles, que no tuvieran que ser interpretados por los jueces para conocer si podían ser válidos y sobre todo que, al mismo tiempo, limitara el riesgo de las reclamaciones indebidas”.

³⁷⁹ Vid ESPIGARES HUETE, J. C., “Aspectos fundamentales de la problemática actual sobre las denominadas garantías <a primer requerimiento>...”, op. cit. pág. 171. Igualmente sobre la irregularidad que supone la inversión de la carga de la prueba puede verse también DÍAZ MORENO, A., “Acerca de la transmisibilidad de las fianzas y garantías a <primer requerimiento>”. A propósito de la STS de 28 de mayo de 2004 [RJ\2004\3553]”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, pág. 306-308; CARRASCO PERERA, Á., “Tratado de los Derechos de Garantía”, Navarra, 2002, pág. 343; INFANTE RUIZ, “Las garantías personales y su causa”, op. cit., pág. 474 y ESPIGARES HUETE, J. C., “Actualidad y vigencia práctica de las garantías a primer requerimiento en la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 92, octubre-diciembre 2003, páginas 135 y siguientes.

³⁸⁰ Revisadas en el 2010 (RUGD 758). Éstas, entraron en vigor el 1 de julio de 2010.

³⁸¹ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales (PUB. CCI. Núm. 524)”, pág. 179, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, *Atelier Mercantil*, 2005.

³⁸² HOYOS ELIZALDE, C., “El papel de la Cámara de Comercio Internacional”, pág. 208, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, *Atelier Mercantil*, 2005. Continúa este autor indicando que “...en el caso de las garantías a primer requerimiento, las reglas de la CCI establecen un mecanismo de defensa que reduce el riesgo de las ejecuciones indebidas, al establecer que deben ser ejecutadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de las Reglas...” el cuál se refería a una declaración escrita del beneficiario indicando que el ordenante de la garantía había incumplido y detallando su incumplimiento. Este artículo proporcionaba “...alguna salvaguardia contra el riesgo de ejecución indebida de fianzas manteniendo, sin embargo, la rapidez y simplicidad de las garantías a simple requerimiento”.

2º.- La *Convención*, de las Naciones Unidas, *sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente* (Convención de Nueva York de 11 de diciembre de 1995). Conocido como el Tratado de UNCITRAL.

3º.- Las propuestas en el ámbito del Derecho Europeo.

4º.- La Organización Intergubernamental en la Armonización del Derecho Internacional.- También conocidas como los trabajos de UNIDROIT.

En nuestro Derecho, merece la pena mencionar el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil³⁸³, que se redacta teniendo en cuenta la experiencia de los ordenamientos de los países de nuestro entorno, así como los trabajos de UNCITRAL y UNIDROIT³⁸⁴, y que en su Capítulo VIII entra a regular los contratos de garantía, incluyendo en su Sección 1ª, el contrato de fianza o aval, y en su artículo 578.9, la regulación concreta de la “Fianza a primer requerimiento”, fijando que:

“1. El fiador que haya garantizado el cumplimiento de una obligación a primer requerimiento asume una obligación autónoma e independiente de la garantizada y sólo podrá oponerse al pago por causas basadas en el propio contrato de fianza.

2. Cuando el fiador ejercite la acción de reembolso frente al deudor, éste sólo podrá oponerse por causas basadas en el propio contrato.

3. El fiador deberá denegar el pago cuando el acreedor le presente una petición notoriamente abusiva por haber facilitado el afianzado al fiador una justificación indubitada del pago, total o parcial, del cumplimiento o de la inexistencia de la obligación afianzada. En este supuesto, el afianzado podrá negarse a la petición de reembolso del fiador”.

Tras esta breve introducción, ¿cuáles son las claves sobre el funcionamiento de los avales a primer requerimiento?:

- En virtud del “aval a primera demanda” o “a primer requerimiento”, la entidad garante se compromete a satisfacer una obligación ajena en el momento en que le sea requerido su pago por

³⁸³ Aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 y acompañado de un calendario ambicioso, pues se esperaba en un primer momento su publicación como Ley en enero de 2015, retrasándose para verano de dicho año y sin que aún haya visto la luz, desconociéndose posible fecha de su publicación.

³⁸⁴ Organización Intergubernamental en la armonización del Derecho Internacional. “*Internacional Institute for the Unification of Private Law*”- “*Institut International pour l’unification du droit privé*”

el acreedor beneficiario, sin necesidad de ponerlo en previo conocimiento del deudor y pese a la eventual oposición de este.

A diferencia de lo que ocurre con las fianzas contractuales pues en ellas, como asevera HOYOS ELIZALDE³⁸⁵, “...se establece la obligación que el garante tiene de comunicar a su cliente que ha recibido la ejecución de la garantía...antes de efectuar el pago y cumplir con el contrato o con alguna obligación contractual estipulada en el mismo”.

En definitiva como afirma GONZÁLEZ DE ZULUETA³⁸⁶, “...la obligación de pago del garante <<vence>> por la sola reclamación de pago hecha por el acreedor (que puede consistir en una mera presentación de un requerimiento, unida en algunos casos a la exigencia de requisitos adicionales como pueden ser la aportación de documentos, certificaciones, recibos, facturas, etc.), sin que el garante pueda discutir la corrección material de esa reclamación desde el punto de vista del deudor principal, ni oponer las excepciones que dicho deudor pudiera oponer al acreedor como consecuencia de las vicisitudes propias de la relación contractual de la que surge la obligación garantizada”.

- Si bien es cierto que no se trata en sentido estricto de una obligación abstracta -como tal, dicha obligación solo se entiende en los avales cambiarios-, no existe duda respecto de que la obligación asumida por la entidad garante es autónoma y principal. Las únicas excepciones que se admiten al garante son, en principio, las que resultan de la propia garantía (exigencia una vez caducado, incumplimientos en cuanto a la forma de exigirse, etc.).

- En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien es común a la de la fianza, pues estamos ante una garantía personal, que implica que un sujeto vincula su patrimonio para responder de una deuda ajena, sin embargo, y por ello la doctrina mayoritaria la considera como forma atípica de garantía personal no asimilable a la fianza, lo que la caracteriza y define es su autonomía frente a la obligación principal, en contraposición a la accesoriedad de la fianza.

Además, la garantía a primer requerimiento conlleva una serie de ventajas:

³⁸⁵ HOYOS ELIZALDE, C., “El papel de la Cámara de Comercio...”, op. cit., páginas 211-212, el autor está haciendo referencia, aunque es perfectamente aplicable a las Reglas Uniformes para Fianzas Contractuales y así continúa justificando dicha necesidad de poner en conocimiento del afianzado la ejecución de la garantía puesto que “...al ser la responsabilidad del garante solidaria con la de su cliente, el afianzado, podrá el garante oponer al beneficiario las mismas objeciones y derecho que tenga el afianzado, por lo que es muy importante conocer la opinión de éste”.

³⁸⁶ GONZÁLEZ DE ZULUETA, F., “El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista y los contratos de garantía admisibles”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, *Atelier Mercantil*, 2005, pág. 343.

Para el garante, le facilita el pago al beneficiario, pues no tiene que comunicar al deudor ni oponer excepciones para proceder al pago requerido.

La ventaja estriba en que no es necesario según CAMACHO DE LOS RÍOS³⁸⁷ “...tener que discutir con el beneficiario la procedencia de su reclamación –es decir, si hubo o no incumplimiento-...”.

Para el beneficiario, pues le garantiza un pronto cumplimiento sin excesivos requisitos para su reclamación, cuando el deudor incumpla la obligación.

Para el deudor, pues al ofrecer una garantía de fácil ejecución a los acreedores, éstos se prestarán, con mayor facilidad, a entablar o mantener relaciones comerciales con él.

Dichas ventajas en la práctica no se diluyen ante la posibilidad, que existe, de un abuso por parte del beneficiario que reclame el pago cuando el negocio subyacente haya sido resuelto o sin que previamente se haya intentado el cumplimiento del deudor, pues no es habitual la oposición del avalado (consciente de su incumplimiento); en todo caso, al contrario, suele producirse con cierta asiduidad, la retirada de la ejecución del aval por el beneficiario ante una reacción positiva al cumplimiento por parte del deudor una vez conocida la reclamación (bien por cumplir con la obligación, si ello es posible, bien por negociar con la entidad una operación de activo para el pago al beneficiario)³⁸⁸.

Por último, recogemos una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 2014³⁸⁹, en la que claramente se describe al aval bancario a primer requerimiento como un tipo de garantía personal atípica, surgida de la praxis bancaria y que comparte alguno de los elementos propios de la fianza pero, a diferencia de esta, pierde su carácter accesorio respecto de la obligación principal que garantiza:

“El aval a primer requerimiento debe considerarse, pese a sus diferencias, una fianza con determinadas especialidades. Como hemos explicado en otras ocasiones, “la característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (a diferencia de la fianza), en el que obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial” (Sentencia

³⁸⁷ CAMACHO DE LOS RÍOS, J, “Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales...”, op. cit., pág. 179.

³⁸⁸ Interesante la obra de CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Interpretación de las cláusulas a primer requerimiento en los contratos mercantiles”, op. cit.

³⁸⁹ Sentencia nº 81, de 4 de marzo de 2014, [RJ2014\1436]. Es interesante la obra de GUILARTE ZAPATERO, V., “Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías”, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1997.

671/2010, de 26 de octubre , con cita de las anteriores Sentencias 735/2005, de 27 de septiembre y 979/2007, de 1 de octubre), “de modo que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma” (Sentencia 783/2009, de 4 de diciembre).

La prestación del aval por...y su aceptación por la beneficiaria...generó una relación contractual entre ambas de la que no es parte la deudora... Como afirma la doctrina, la razón por la que el fiador asume la fianza (a instancia del deudor o previo acuerdo con él, o espontáneamente) y las relaciones que mantenga con el deudor fiado son irrelevantes para el acreedor, esto es, no influyen en la relación *fideiusoria*, que es totalmente independiente de la relación que media entre fiador y deudor”.

2. AVAL SOLIDARIO

La fianza³⁹⁰ es una garantía personal regulada en nuestro Código Civil, en los artículos 1822³⁹¹ y siguientes y que implica la vinculación del fiador para responder del pago de la deuda con su patrimonio.

Es una obligación accesoria o dependiente de una deuda principal o garantizada. Ésta, la *accesoriedad*, es la característica principal e implica que la fianza seguirá las vicisitudes de la obligación principal por estar como afirma CARRASCO PERERA³⁹² “...unida a ella de forma indisoluble...” y que:

- Solo existe, si existe una obligación válida (artículo 1824 y 1847 CC).
- El fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal (artículo 1826 CC).
- El fiador puede oponer sus excepciones personales y las del deudor que sean inherentes a la deuda (artículo 1853 CC), es decir, relativas a la existencia, legitimidad y validez de la obligación garantizada.

³⁹⁰ Véase la interesante obra de VALENZUELA GARACH, F., “El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales. El Tratado de garantías en la contratación mercantil”, *Editorial Civitas*, 1996, págs. 421 y siguientes. E igualmente, GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentarios a los artículos 1822 a 1866 del Código Civil. En Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, op. cit.

³⁹¹ Título IV De la Fianza. Artículo 1822: “Por la fianza se obliga uno a pagar o a cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste”.

³⁹² CARRASCO PERERA, Á., “Fianza, accesoriedad y contrato de garantía”. *La Ley. Grupo Wolters Kluwer*, 1991. Sobre la fianza y sus característica muy práctico el “Memento de Garantías Bancarias”, *Ediciones Francis Lefebvre*, págs. 1045 y siguientes.

En definitiva, existe una obligación principal que sería la garantizada y que debe existir y estar válidamente constituida y una accesorio que sería la fianza, que está subordinada a una obligación principal sin la cual no puede subsistir, por lo que al extinguirse la obligación principal, se extingue la fianza.

Otra de las características importantes a tener en cuenta es la *subsidiariedad* que no solo implica que ha de reclamarse al deudor principal antes que a fiador, sino que solo responde el fiador si el deudor es insolvente (beneficio de excusión). Dicho beneficio, desaparece cuando la fianza es solidaria.

Mientras la accesoriedad afecta a la existencia de la obligación del fiador, la subsidiariedad se refiere al cumplimiento: es decir, la obligación del fiador existe desde que se perfecciona el contrato de afianzamiento pero no es exigible hasta que el deudor garantizado incumple.

El que una fianza sea *solidaria* y por tanto no subsidiaria, implica que el acreedor pueda dirigirse indistintamente contra el deudor o el fiador (artículo 1144 CC) y que el fiador únicamente podrá oponer las excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales (artículo 1148 CC). La fianza solidaria, sin embargo, sigue siendo *accesoria* a la obligación principal.

En palabras de GONZÁLEZ DE ZULUETA³⁹³, “La principal característica de la fianza solidaria radica en que no sólo excluye el beneficio de excusión..., sino que además elimina la subsidiariedad de la fianza”.

Tanto en la fianza simple u ordinaria como en la fianza solidaria, la prueba del incumplimiento del obligado principal-afianzado, corresponde al beneficiario. En conclusión, la solidaridad en la fianza, solo permite reclamar indistintamente a deudor o fiador, pero no elimina la accesoriedad.

Cuestión importante es determinar el carácter civil o mercantil de la fianza puesto que reputándose mercantil, dicha fianza se considerará solidaria y así el Tribunal Supremo defiende que la fianza mercantil es solidaria, aún cuando no se hubiera pactado así con el fiador³⁹⁴.

Para su determinación como tal, ha de recurrirse a las reglas especiales del Código de Comercio, en cuyo artículo 439 se establece que será mercantil todo afianzamiento que tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante. El que sea el negocio afianzado el que dota del carácter mercantil o no a la fianza, se justifica en la accesoriedad de la propia fianza; lo que no sucede en otros supuestos en los que la caracterización de la mercantilidad viene determinada por el sujeto o por el objeto del negocio a calificar.

³⁹³ GONZÁLEZ DE ZULUETA, F., “El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista...”, op. cit., pág. 342. Interesantes aportaciones de EMBID IRUJO, J. M., “Aval, fianza y seguro de caución”, op. cit.

³⁹⁴ STS, entre otras, de 26 de mayo de 2004 [RJ\2004\4261].

Ello ocasiona no pocas dudas por cuanto no siempre es fácil calificar un contrato como civil o mercantil, añadiéndose mayor dificultad cuando la fianza es prestada por una entidad financiera. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha oscilado entre considerar una fianza como civil, pese a la intervención de una entidad de crédito como fiadora³⁹⁵ y la consideración de que una fianza bancaria, es siempre mercantil, al estar constituida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su tráfico mercantil³⁹⁶.

El aval (como se denomina en sentido amplio a aquella fianza prestada por una entidad financiera), no está regulado como una figura distinta de la fianza en nuestro Derecho. Gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia consideran que el aval bancario tiene como característica principal su solidaridad. De hecho, las entidades financieras suelen pactar expresamente dicha solidaridad. Pese a ello y a la consideración por parte del Tribunal Supremo de que "...no se está en presencia de una simple fianza convencional, sino de un contrato completo, autorizado por el principio general de autonomía privada contenido en el artículo 1255 del Código Civil..."³⁹⁷, al referirse al mismo, algunos autores como DELGADO ECHEVARRÍA³⁹⁸, advierten "...de los peligros que supone esta figura para eludir las normas que regulan la fianza, al plantearse problemas sobre si en esta garantía cabe apreciar las notas de accesoriedad, subsidiariedad, independencia o solidaridad, y otros, como BLANCO CAMPAÑA³⁹⁹, aconsejen acudir a los preceptos de la fianza, al menos con carácter subsidiario o supletorio; pues como bien asevera CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁰⁰, nuestro Código Civil configura la fianza como de carácter naturalmente subsidiario y pese a que cierto sector de la doctrina admita el carácter naturalmente solidario de la fianza mercantil "...lo cierto es que...la solidaridad no se presume ni es predicable de las garantías mercantiles", puesto que, el código de comercio, nada añade sobre esta cuestión⁴⁰¹.

Por último, en nuestro Derecho, y volviendo a la futura propuesta de Código Mercantil, el Anteproyecto de Ley, en su artículo 578.1, recoge que:

³⁹⁵ STS de 20 de mayo de 1975 [RJ\1975\2054].

³⁹⁶ STS de 7 de marzo de 1992 [RJ\1992\2007].

³⁹⁷ STS de 24 de noviembre de 1978.

³⁹⁸ DELGADO ECHEVARRÍA, J., "Sobre otras materias de Derecho civil: Ineficacia e invalidez de los contratos; y la fianza", en *Elementos de Derecho Civil, II*, de Lacruz Berdejo, Ed. Dykinson, 2013.

³⁹⁹ BLANCO CAMPAÑA, J., "Aval cambiario y aval como contrato de garantía", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1982, nº 7, páginas 677 a 688.

⁴⁰⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales...", op. cit., pág. 184. Es interesante analizar la obra del autor ANGULO RODRÍGUEZ, L. de, "Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont, Tirant lo Blanch*, 1995, páginas 135 a 154. Igualmente véase la obra de ALBIEZ DOHRMANN, K.J., "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", *RCDI*, 1996, pág. 179 y siguientes.

⁴⁰¹ En las propuestas de Derecho Europeo se enuncia la regla contraria: la garantía dependiente, en principio, implica solidaridad, de forma que el acreedor puede reclamar indistintamente a deudor o a garante. Cabe, no obstante, pactar lo contrario (*DCFR* art. IV. G.-2:105 y 2:106).

“Será mercantil la fianza prestada por un empresario en el ejercicio de su actividad profesional y la constituida para asegurar el cumplimiento de una obligación de naturaleza mercantil”.

Y en su artículo 578.3:

“1. La obligación del fiador es solidaria con la del deudor principal desde el incumplimiento de esta”.

3. EL AVAL SOLIDARIO DE LA DISPISICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LOE

Previo a adentrarnos en los requisitos que la modificación de la disposición adicional primera de la LOE exige para que un aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, hemos de detenernos en uno de dichos requisitos, el pactado en la letra b) y ello por cuanto, como ya anticipamos, es fundamental para dilucidar qué tipo de aval es el que deberá emitir una entidad financiera para que, según el legislador, pueda servir a la finalidad pretendida por la Ley.

Tras haber descrito las diferencias entre la fianza, la fianza solidaria y la otorgada a “primer requerimiento” podemos concluir:

1º.- La fianza, sea solidaria o no, tiene el carácter de accesoria de la obligación principal que viene a afianzar, por lo que, en ambas, la prueba del incumplimiento del obligado principal, que es el presupuesto base para la reclamación de la garantía, corresponde al beneficiario en cuyo favor está otorgada aquella y que alega tal incumplimiento.

2º.- La solidaridad en la fianza sólo permite reclamar indistintamente a deudor o fiador, pues en ningún momento se exige que el beneficiario se haya dirigido previamente con el afianzado, al eliminarse la subsidiariedad.

3º.- En las garantías a “primera demanda” o “primer requerimiento”, el garante está obligado a hacer frente al pago con el simple requerimiento del beneficiario sin hacer ningún tipo de averiguaciones sobre si ha tenido lugar o no el incumplimiento del ordenante de la garantía-deudor de la obligación principal. Es lo que algunos llaman la inversión de la carga de la prueba que recae sobre el fiador, que ha de probar el cumplimiento del afianzado para rechazar válidamente hacer frente a la fianza.

4º.- En las garantías a “primer requerimiento” no es posible que el garante oponga excepción alguna fundada en las relaciones del acreedor con el deudor pero sí aquellas exigencias que se hayan recogido en la propia garantía, por ejemplo, la exigencia de una constancia documental expresa de cualquier hecho, a las que alguna doctrina denomina “garantías a primera demanda

documentales”, o bien, que se ejecuten en un plazo que figura en la propia garantía, alguna manifestación concreta, etc.

En base a la Ley 57/68, el comprador que tuviera garantizada la devolución de las cantidades anticipadas mediante aval, una vez se produjera el incumplimiento por parte del promotor de iniciar las obras o entregar la vivienda en el plazo establecido, podía, previa resolución del contrato de compraventa con el promotor, ejecutar la garantía solicitando la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legalmente establecidos directamente a la entidad financiera sin necesidad de una resolución judicial expresa y sin requerir previamente dicha devolución al promotor. Con la única exigencia, de acreditar al garante, de forma fehaciente, la falta de cumplimiento en plazo de las obligaciones del promotor.

Con la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE, el legislador menciona en el apartado Uno.1.a) la necesidad de “Garantizar...mediante aval solidario...”, para a continuación (en el apartado Dos.2.), establecer que el comprador “...podrá exigir al avalista el pago de las cantidades...”, “...siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución...y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución...”.

Aunque el legislador habla de aval solidario y no exige del promotor la emisión de una garantía autónoma o independiente y por ello, como indica ESTRUCH ESTRUCH⁴⁰², “...es evidente que el promotor-vendedor, voluntariamente y sin obtener ningún beneficio, no se obligará a lo más pudiendo legalmente obligarse a lo menos”, sin embargo, es cierto que las entidades bancarias en ocasiones prefieren la emisión de avales de los denominados a primer requerimiento por lo que como GARCÍA MEDINA⁴⁰³, afirma que “evidentemente, el aval a primer requerimiento o a primera demanda es más beneficioso para el comprador garantizado que el aval solidario, por lo tanto dado que la finalidad de la Ley 57/1968, es la protección del comprador, deberán entenderse válidos todos los pactos que se puedan establecer en el contrato en beneficio del comprador siempre que superen la protección mínima legalmente establecida”.

En cualquier caso, no es fácil entender qué tipo de garantía está exigiendo el legislador:

- Por un lado, olvida en el apartado Dos.2 calificar de “solidario” al aval que puede servir para garantizar la devolución de las cantidades y, como hemos señalado, no es claro si el aval o la fianza mercantil pueden considerarse solidarios si no se indica expresamente, ni si el

⁴⁰² ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág.162. El autor MONTÉS PENADÉS, V. L., en su obra “Las garantías del crédito” en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2001, en cuanto a las garantías a primer requerimiento afirma que son aquellas en las “...que el fiador se obliga frene al acreedor a satisfacer a éste la obligación que se garantiza...a la primera demanda que se le haga, de modo que la ejecución de la garantía no se basa en el incumplimiento del deudor, sino en la declaración de voluntad del acreedor...”

⁴⁰³ GARCÍA MEDINA, J. “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., pág. 5, nota 21.

aval prestado en este supuesto podría considerarse una fianza mercantil en realidad.

- Por otro, establece la necesidad de requerir previamente al promotor para la devolución, con lo que rompe con la característica que diferencia una fianza solidaria de otra que no lo es, la subsidiariedad o, dicho de otra forma, la no necesidad en el caso de la solidaridad, de requerir previamente al afianzado antes que exigir del fiador el pago de la fianza.

- Además, al establecerlo como único requisito, parece eliminar la exigencia de la necesidad, como en cualquier tipo de fianza, ordinaria o solidaria, de acreditar el incumplimiento de la obligación principal, eliminando con ello, también, el carácter de accesoriedad de la fianza. Y, por consiguiente, introduce la posibilidad, sin hacerlo claramente, de que lo pretendido es que se preste la garantía mediante un aval “a primer requerimiento”.

Y, si ello fuera así, dicha garantía “a primer requerimiento” debería prestarse con el requisito de acreditar que previamente se ha requerido al promotor para que cumpla con su obligación de devolución de las cantidades anticipadas, más los impuestos e intereses correspondientes, ya que no ha cumplido con la obligación de iniciar las obras o entregar la vivienda en plazo; o bien, que acredite que no ha resultado posible la reclamación previa al promotor (apartado Dos.2.b) *in fine*). Anteriormente hemos visto, que no es esto lo único que habrá de acreditarse por el adquirente, lo que conllevará mayores problemas en el momento de la ejecución y sobre todo, de la interpretación por los operadores jurídicos de qué es necesario por Ley acreditar, para dicha ejecución.

Evidentemente, no deja de sorprender tal ahínco en establecer los requisitos necesarios, que analizaremos más detenidamente en el siguiente apartado, para emitir una garantía que sirva como tal a la finalidad de la Ley para después, con tantas imprecisiones, crear tal confusión, que no irá sino en detrimento de la seguridad jurídica de todos aquellos obligados por la Ley o de la de aquellos a favor de quienes se regulan dichas obligaciones legales.

¿Por qué comete el legislador estas imprecisiones?

Es complicado saberlo pero, a nuestro juicio, podría deberse a 2 motivos principales, a parte de la voluntad de querer modificar con urgencia una Ley sobre la que la doctrina y la jurisprudencia llevaban años reclamando dicha modificación, sin la necesaria dedicación para ello:

- El primero consistiría en que el legislador, oportunamente a nuestro juicio, considere que es necesaria la previa resolución del contrato principal de compraventa con el promotor para poder dirigirse al garante y reclamarle la devolución de las cantidades anticipadas. Por ello, exige requerir fehacientemente al promotor.

Algunos autores ESTRUCH ESTRUCH⁴⁰⁴, comentan que el comprador puede resolver el contrato extrajudicialmente y exigir del promotor la devolución de las cantidades o bien, "...dirigirse directa y únicamente contra el garante..." sin que exista una, a nuestro juicio, necesaria resolución previa del contrato de compraventa.

Como oportuna y extensamente explicaremos en el capítulo de la resolución, el hecho de que, como expresamente dicta el Tribunal Supremo⁴⁰⁵, "...no es necesaria la previa resolución judicial para demandar al garante...", significa, que no es necesario acudir a los tribunales para que se confirme la resolución, toda vez que el Legislador concede una especie de resolución objetiva, e incuestionable, ni por el promotor ni por el garante (a saber, no cumplir en plazo con la entrega o el inicio de la obra), por lo que el propio comprador podrá optar entre resolver el contrato y solicitar la devolución de las cantidades o bien conceder una prórroga, sin necesidad de acudir a los tribunales para que se declare dicha resolución.

Ello no quiere decir que no sea necesario, como así lo exige nuestro Derecho, que la resolución haya de hacerse expresamente y frente a quien ha de realizarse, esto es, frente al promotor incumplidor y no frente a un garante (exclusivamente de la devolución de las cantidades legalmente establecidas), por muy obligado solidario que este sea junto con el obligado principal.

Y así viene a corroborarlo la doctrina interpretativa del artículo 3 de la Ley 57 el Supremo en recientes sentencias⁴⁰⁶ que dicta como criterio, que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de una vivienda en construcción, justifica la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada, aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Por tanto, el garante para atender una petición del beneficiario, deberá tener la certeza, no solo de que se ha producido el incumplimiento, lo que habrá de acreditarse oportunamente, sino también, de que no se ha concedido una prórroga y de que por

⁴⁰⁴ ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades...", op. cit. pág. 294. También, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda", op. cit. y DOMÍNGUEZ ROMERO, J., "La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción", *Ed. Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2010.

⁴⁰⁵ STS 22 de abril de 2015, número 218 [RJ2015\1357].

⁴⁰⁶ STS de 20 de enero de 2015, número 778 [RJ2015\361].

consiguiente, se ha resuelto el contrato con el promotor, lo que no quiere decir que las cantidades hayan de haberse reclamado previamente al promotor tratándose de una garantía prestada mediante aval solidario⁴⁰⁷.

La doctrina ha confundido la posibilidad de esa “resolución objetiva” establecida por el legislador y corroborada por el Tribunal Supremo, que no necesita acudir a la vía judicial para su confirmación y que abre la puerta, una vez instada aquella, a una especie de “acción directa” frente al garante para poder exigirle la devolución de las cantidades; con que el legislador ciertamente estuviera fijando la posibilidad de “resolver directamente con el garante” el contrato principal, con desconocimiento del propio obligado principal; pues como hemos comentado, podría el obligado principal-promotor, desconociendo que el comprador se ha dirigido al garante, sin resolver previamente el contrato con él, requerirle para la entrega de la vivienda, aun cuando cumpliera posteriormente al plazo pactado.

- El segundo motivo, consistiría en que el legislador pretende regular de similar forma dos garantías que, si bien tienen similitudes y sirven ambas a la finalidad buscada por el legislador, no tienen un mismo funcionamiento, ni se ejecutan de idéntica forma.

En el contrato del seguro de caución podemos decir que el riesgo cubierto es el incumplimiento de la obligación principal del promotor y que el siniestro es la mera falta de pago por el tomador-promotor de su obligación. Cuando se produce el siniestro, es cuando surge la obligación de la aseguradora, lo que determina que con la simple reclamación de pago del asegurado-beneficiario acreditando no ya el incumplimiento de la obligación principal por parte del promotor, sino la no devolución de las cantidades por parte de este, se impone casi un deber automático de pago por parte de la entidad garante.

ACLARACIÓN: La acreditación de que el obligado principal no ha devuelto las cantidades, es un requisito que se ha venido exigiendo en este tipo de garantías en relación con la finalidad de la devolución de las cantidades al amparo de la Ley 57, por 2 motivos: el primero, puesto que así se establecía como requisito en la Orden de 29 de diciembre de 1968 que ya hemos comentado; y por otro, dicho requerimiento previo al promotor, servía como acreditativo de la resolución del contrato de compraventa, que venimos defendiendo, además de que en ocasiones, se lograba el pago por el propio promotor,

⁴⁰⁷ Vid. MAIRATA LAVIÑA, J. y GUZMÁN COPS, J., “Operaciones bancarias y su tratamiento legal”, *Editorial Hispano Europea*, Barcelona, 1989; MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLÓREZ, J. R., AAVV, “Manuales de Empresa. Operaciones Bancarias”, *Editorial CISS, S.A.*, Valencia, 1998.

incumplidor de la obligación principal, en cuyo caso, no sería necesaria reclamación a la aseguradora.

Ahora, además el legislador del 2015, lo introduce como requisito previo a dirigir la reclamación a la entidad aseguradora.

Mientras que garantizar la devolución de las cantidades mediante aval solidario, supone que estamos ante una fianza accesoria y solidaria, lo que implica que en todo caso ha de acreditarse el incumplimiento de la obligación principal (accesoriedad), lo que no se requiere en el seguro de caución y sin embargo, permite que pueda dirigirse el comprador-beneficiario del aval, directamente frente al garante solidario (solidaridad frente a subsidiariedad), lo que no es posible, según hemos visto, en el seguro de caución, pues la producción del siniestro consiste en que el obligado principal no ha cumplido con su obligación de devolver las cantidades, que es lo que habrá de acreditarse.

El legislador del 2015, impone el mismo requisito de reclamación previa de las cantidades entregadas al promotor equivocadamente, por trasladar los requisitos del seguro de caución a la garantía ofrecida mediante aval solidario, convirtiendo en subsidiario el aval que deba prestarse.

ACLARACIÓN: Sin embargo, dicha comunicación previa al promotor, que podría haberse exigido sin necesidad de reclamar la devolución de las cantidades anticipadas, podrá servir como documento acreditativo de la resolución de la compraventa por parte del comprador. Pues seguimos defendiendo dicha necesidad de resolución previa del contrato principal pese a la doctrina del Tribunal Supremo⁴⁰⁸ por lo ya expuesto y porque creemos que es por dicha necesidad de resolución previa del contrato de compraventa, por lo que el legislador suprime el título ejecutivo otorgado a los documentos individuales de las garantías.

En realidad, el legislador ha observado cómo pese a establecer una suerte de resolución objetiva que no necesita una confirmación judicial, a favor del comprador, en caso de incumplimiento del promotor, no ha logrado que se cumpla la finalidad perseguida que es la devolución de las cantidades anticipadas de forma directa e inmediata una vez que el comprador opte por la resolución y por no conceder una prórroga al promotor; y todo ello debido a la poca operatividad de las garantías, bien por el propio funcionamiento de las mismas (manteniendo los requisitos de la Orden de 29 de diciembre de 1968 en el caso de los seguros de caución) o por el rígido mecanismo de reclamación (exigiendo prueba fehaciente del incumplimiento en el caso de los avales) o incluso por la

⁴⁰⁸ Entre otras sentencias: la de 7 de mayo de 2014 [RJ\2014\3136] y de 22 de abril de 2015 [RJ\2015\1357].

falta de regulación por el legislador, de plazos de caducidad, de validez, de dichas garantías, etc. que no eran fáciles de entender por el consumidor y que de hecho, abrían la puerta a numerosas interpretaciones de la doctrina.

Por todo ello, creemos que la intención del legislador con respecto a la garantía otorgada mediante aval “solidario” es reconducirla en cierto modo a una especie de aval a primer requerimiento con requisitos documentales claros y que no ofrezca dudas en el momento de la reclamación de pago por parte del comprador. Teniendo en cuenta además, la inclusión de este tipo de garantías en el futuro Código Mercantil.

Es cierto que el hecho de que el único requisito exigido sea la propia reclamación del beneficiario junto con un documento de requerimiento previo al promotor, puede dar lugar a un uso abusivo de este tipo de garantías por el beneficiario, sin embargo, el la propia exigencia de dicho requisito proporciona algún tipo de salvaguardia o mejor expresado por HOYOS ELIZALDE⁴⁰⁹ cuando afirma “...tenemos que ser conscientes de que como la justificación documental...para ejecutar la fianza ha de ser cumplimentada exclusivamente por el beneficiario, y no por un tercero, el grado de protección...es necesariamente limitado. Sin embargo, es cierto que un beneficiario que podría estar dispuesto a reclamar indebidamente la ejecución de una fianza a sabiendas de que el contratista no ha incumplido, podría sentirse más inhibido a hacerlo si tuviera que poner por escrito un hecho que él conoce que es falso”.

De hecho, entendemos que de forma equivocada, el Tribunal Supremo ha manifestado en diversas sentencias previas a dicha modificación que “...el artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como una figura autónoma...” cuando ciertamente, un avalista solidario no es un avalista a primera demanda, ni puede considerarse como obligado autónomo de la obligación principal.

Evidentemente, resta decir que en caso de emitirse un aval a primer requerimiento, la resolución previa o no del contrato de compraventa, carecería de sentido puesto que una garantía autónoma, al no tener el carácter de accesorio, se ejecutaría al margen de la obligación principal (salvo que se acreditara por el avalado que se concedió una prórroga por el comprador o bien que pretendiera ejecutarse por incumplimiento de las obligaciones garantizadas –inicio de las obras o entrega de la vivienda- antes de los plazos establecidos para ello, que, en cualquier caso, figurarán en la propia carta de aval).

⁴⁰⁹ HOYOS ELIZALDE, C., “El papel de la Cámara de Comercio...”, op. cit. pág. 210. También ESPIGARES HUETE, J. C., “Garantía a primer requerimiento: mecanismo de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario”. *Real Colegio de España*, 2006.

II. LOS REQUISITOS DEL AVAL PARA SERVIR COMO GARANTÍA DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS⁴¹⁰

Analizaremos a continuación lo que la Ley denomina requisitos del aval para servir de garantía a la finalidad buscada por la Ley y que consiste en fijar su extensión, plazos, forma de ejecución, etc.

En la preparación de este trabajo sin la reciente modificación, ya reivindicábamos la necesidad de que las garantías establecidas por el legislador fueran definidas por el mismo de una forma más exhaustiva y ajustada para que, efectivamente, fueran operativas, en el sentido de servir a la finalidad pretendida y se les dotara de mayor seguridad jurídica a todos los operadores jurídicos y obligados por la norma, además de facilitar información clara al consumidor.

Como hemos comentado anteriormente si bien es loable el esfuerzo del legislador, no es, a nuestro juicio, suficiente.

Con respecto al aval, hemos de indicar que a diferencia del seguro de caución, el legislador, no se ha esmerado tanto para regularlo y ha obviado menciones importantes. No hace referencia, por ejemplo, a que en el aval individual (de hecho, tampoco menciona expresamente se está refiriendo a dicho aval individual pues habla simplemente de aval), deba identificarse el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o efectos comerciales.

Tampoco, habla específicamente de la prórroga de la garantía prestada mediante aval, y es cierto que está regulada en el Código Civil y que es obvio el necesario consentimiento del garante, bajo la consecuencia, en caso contrario, de la extinción de la fianza; pero también lo es, en la garantía prestada mediante seguro y, sin embargo, sí que regula la posibilidad de prórroga y sus consecuencias.

Es importante antes de continuar con nuestro análisis tener presente que como CABANILLAS SÁNCHEZ⁴¹¹, entre otros, insiste, "...el aval no puede contener las menciones que libremente quieran las partes...por lo que dicho contenido debe imponerse a la autonomía de la voluntad".

⁴¹⁰ Tras la modificación de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, operada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, sobre Ordenación, Supervisión y Solvencia de las entidades Aseguradoras y Reaseguradoras.

⁴¹¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995 o ESTRUCH ESTRUC, J. "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit., 166. Véase también MONDÉJAR PEÑA, M^a I., "El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", op. cit., páginas 719-734.

Con respecto al aval recoge el legislador del 2015 los siguientes requisitos que pasaremos a analizar. En la medida en que es reciente e intensamente esperada la modificación, vemos oportuno recoger el referido apartado Dos. 2, so pena de ser algo exegético nuestro análisis:

Para que un aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.

b) En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

c) Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval.

A) PLAZO DE VIGENCIA E IMPORTE TOTAL DEL AVAL

Si atendemos a lo regulado para el seguro de caución⁴¹² en relación al *importe* que ha de cubrir la garantía, es claro que el legislador establece que la garantía prestada mediante aval, al igual que la prestada mediante seguro de caución, debe emitirse: "...por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero...", y, también, que ha de cubrir los intereses generados "...desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda".

Como ya comentamos, es claro que el importe no se podrá recoger en una cantidad cerrada puesto que no se conocerá a cuánto ascenderá la misma hasta tanto no se conozca el tipo del interés legal del dinero aplicable, por lo que la garantía se deberá emitir indicando que las cantidades efectivamente anticipadas, devengarán el interés legal desde la fecha de su efectiva entrega hasta el plazo

⁴¹² En el apartado Dos.1.b) de la disposición adicional primera de la LOE.

establecido para el inicio de las obras o para la entrega de la vivienda, por lo que nos parece que el legislador no debería haber olvidado hacer referencia a dicho plazo del inicio de las obras, puesto que, ese será el “*dies ad quem*” para el cálculo de los intereses en los supuestos en que se resuelva el contrato por incumplimiento del plazo por el promotor, para el inicio de las obras.

Con respecto al *plazo de vigencia* de la propia garantía no establece el legislador como sí lo hace para el contrato de seguro, en un apartado separado, cuál es la duración mínima que ha de tener el aval, sino que, para simplificar, incluye en dicho apartado a) lo que, a nuestro juicio, debe considerarse el plazo de efectividad o eficacia de la misma, que es el plazo en el que se ha de producir el incumplimiento garantizado, y no otro plazo posterior –por concederse una prórroga-. El legislador correctamente establece: “Deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito...desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”, puesto que dicho plazo, es el mínimo por el que ha de mantenerse la efectividad de la garantía.

Cualquier otro plazo menor daría lugar a que se extinguiera la fianza antes de que se cumpliera el plazo estipulado por las partes en el contrato de compraventa para la entrega de la vivienda, debiendo entenderse, en dicho supuesto, que el aval emitido no es válido a los efectos de la disposición adicional primera de la Ley o para servir de garantía de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción.

Cuestión distinta a dicho plazo de garantía, es el plazo de caducidad o plazo a partir de la cuál cesa toda responsabilidad de la entidad garante por razón de la garantía prestada y dentro del cual el comprador ha de realizar la reclamación a dicha entidad; plazo, que el legislador ha regulado expresamente, con similitud al aplicable para el seguro de caución y que veremos más adelante.

En cualquier caso, hubiera sido deseable que el legislador dedicara un apartado específico, al igual que lo hace al regular el seguro de caución, para fijar sin ningún tipo de dudas el plazo de la garantía prestada mediante aval solidario.

B) REQUISITO PREVIO A LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

Ya hemos comentado, el requisito exigido por el legislador para que el adquirente pueda exigir al avalista el abono de dichas cantidades (más los impuestos aplicables y más los intereses correspondientes), cual es, requerir previamente y de manera fehaciente al promotor para la devolución.

Por ello, para poder dirigirse al avalista, el adquirente deberá:

- Haber requerido al promotor previamente para la devolución.
- Esperar un plazo de treinta días la devolución, y en el supuesto de que esta no se produzca,
- Requerir al avalista.

Evidentemente, el requerimiento al avalista deberá ir acompañado del documento que, de forma fehaciente, acredite el previo requerimiento practicado al promotor. También permite la Ley dirigirse al avalista directamente cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor, lo que habrá de acreditar, de igual forma, fehacientemente.

C) PLAZO DE CADUCIDAD

El legislador establece que: “2.c) Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval”.

Este plazo de dos años, tal y como el legislador indica, es el plazo de caducidad del aval, de tal forma que es el plazo máximo que tiene el adquirente para reclamar del avalista la devolución de las cantidades, siempre que no se haya concedido prórroga del plazo al promotor, situación que, a continuación, consideramos.

Este plazo es distinto del plazo de vencimiento de la garantía, por lo que si el adquirente, llegado el plazo para la entrega de la vivienda, decidiera ampliar el plazo al promotor sin consentimiento del avalista, la garantía quedaría extinguida y el plazo de caducidad no llegaría a entrar en juego. Si por el contrario, la prórroga fuera consentida por el avalista, el mismo, deberá emitir una garantía nueva que recogiera su consentimiento a dicha prórroga.

En realidad las cuestiones relativas a la concesión de la prórroga no dejan de ser un asunto delicado puesto que como CARRASCO PERERA⁴¹³ indica, “...los adquirentes deberán cuidarse de conceder prórrogas al promotor sin contar con el consentimiento expreso del garante, como prueba el caso resuelto por al STS de 27 de mayo de 2004 [RJ\2004\4264]. En otro caso, la garantía se extinguirá merced, al artículo 1851 del Código Civil. El promotor no puede oponerse a la resolución y la consiguiente exigencia del reembolso frente al garante alegando la prórroga por un año concedida para la entrega de la vivienda, si antes de ese momento existe una certeza tal del incumplimiento definitivo que haya de posibilitarse el ejercicio anticipado de la acción de resolución [SAP de Málaga 30 de junio 2005 (Prov. 2005, 238333)]”.

A continuación creemos interesante analizar un documento de prórroga de aval que fue realmente emitido. En este documento de prórroga de los avales emitidos puede observarse que se emitieron avales individuales por cada cantidad anticipada y en la fecha en que iban siendo ingresadas en la cuenta especial. Si la fecha de entrega de la vivienda pactada en el contrato de compraventa fue el día 7 de septiembre de 2009, es claro que el aval inicial, cuyo fecha de caducidad pactada fue el 7 de septiembre de 2010, no se ajustaría a las exigencias legales actuales, pues al menos el plazo de caducidad, esto es, el plazo

⁴¹³ CARRASCO PERERA, Á., “Ejecución de las garantías por cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Editorial Aranzadi, S.A.*, enero 2012, [BIB\2012\23576].

para ejecutar el aval, debería ser el 7 de septiembre de 2011. Cuestión distinta es la posibilidad de prórroga en la que existe total libertad sobre el plazo por el que el garante decida comprometer su responsabilidad para afrontar la posible reclamación en caso de nuevo incumplimiento de la fecha de entrega de la vivienda.

MODELO DOCUMENTO PRÓRROGA DE AVAL



VIBALDO BANK, SA

VIBALDO BANK, S.A., con C.I.F. A-00000000, representado por Don Apoderado, con N.I.F 22.222.222-C, respectivamente, avaló a PROMOTORA S.L. con C.I.F. B-00.000.000, **ante Doña Adquirente, DNI nº 44.444.444-B F**, por el concepto de las entregas a cuenta, para la compra de la vivienda: **Escalera 1 Planta 2ª Puerta D**, de la promoción de XX Viviendas, Locales, Garajes y Trasteros que la sociedad avalada están promoviendo en la Parcela 13 del P-133 de Granada y plazo hasta el 7/9/2010.

Los avales referidos anteriormente quedaron anotados en el Registro Especial de Avales de VIBALDO BANK, S.A., con los números:

1000.0333.60.1111111111, 1000.0333.60.2222222222, 1000.0333.60.3333333333
1000.0333.60.4444444444, 1000.0333.60.5555555555, 1000.0333.60.6666666666

Habiendo solicitado la avalada Promotora SL a *Vivaldo Bank, S.A.* la ampliación del plazo de los avales anteriormente reseñados hasta el día 7 de Febrero de 2.011, a lo que el Banco ha accedido, los mencionados avales tendrán validez como máximo hasta las veinticuatro horas del día 7 de Febrero de 2.011, caducando a todos los efectos si no se reclama a *Vivaldo Bank, S.A* dentro de dicho plazo.

Granada, a 7 de Septiembre de 2.000

1.- Modelo adaptado de uno emitido realmente, eliminando datos personales.

III. COMPARATIVA CON LA GARANTÍA PRESTADA MEDIANTE SEGURO DE CAUCIÓN

La regulación que realiza el legislador del seguro de caución, es más detallada que la de la garantía prestada mediante aval, lo que, a nuestro juicio, carece de sentido⁴¹⁴.

Evidentemente, en parte, viene justificado porque se ha derogado expresamente la Orden de 29 de diciembre de 1968, base de la regulación de muchos de los requisitos del seguro que ahora, inevitablemente, ha debido incluir el legislador, pero si bien la fianza está regulada en el Código Civil en nada hubiera perjudicado incluir algunos requisitos de la misma para dotar de mayor claridad a la regulación que del aval realiza el legislador. Sin embargo, también existen algunos de los requisitos incluidos para el seguro que no tienen su correlativo para el aval.

Si analizamos los requisitos mediante un repaso a los apartados de la garantía prestada mediante seguro de caución, podemos observar lo siguiente:

1) Habitualmente, al igual que sucede con la garantía prestada mediante seguro, el promotor suscribe con la entidad garante, una línea de avales, que más adelante analizamos. Por ello, no entendemos que no se haga referencia a los avales individuales por el legislador, porque serán éstos, los que deberán emitirse y sin los cuáles no podrá decirse que existe garantía a favor del adquirente.

Además, hubiera sido deseable que se exigiera que en dichos avales se recogiera la identificación del inmueble concreto para cuya adquisición se entregan las cantidades anticipadas, que han de ser avaladas. Y ello, puesto que en ocasiones, “el comprador y vendedor, en vistas al incumplimiento en el plazo de entrega de la vivienda objeto de garantía, consensuan formalmente el cambio de la vivienda inicial por otra ya finalizada o a punto de hacerlo en la misma promoción⁴¹⁵”, lo que conlleva el cambio del objeto garantizado y por consiguiente, la extinción de la fianza por novación de la obligación principal y cambio del objeto de la fianza sin consentimiento de la

⁴¹⁴ Es interesante analizar la obra de ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J. J., “Fianza común y seguro de caución con cláusula a primer requerimiento”, *Revista Española de Seguros*, 2001, nº 108. Así como la de NIETO CAROL, U, y BONET SÁNCHEZ, J. I. (Coord.), “Tratado de garantías en la contratación mercantil”, op. cit. o la de PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cesión de créditos; Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”, *Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, Madrid, 1996, páginas 187 y siguientes.

⁴¹⁵ PLA GIL, F.M., “La Garantía de las entregas a cuenta: su ejecutabilidad”, *Revista nº 10, 2º semestre de 2011, Facultat de Dret de la Comunitat Valenciana*, www.derechocivilvalenciano.com

entidad garante (artículo 1847 del CC en relación con el artículo 1207 del mismo cuerpo legal)⁴¹⁶.

También creemos que aunque no es muy clara la redacción dada por el legislador al respecto, deberá emitirse un único aval individualizado por cada adquirente y por el importe de todas las cantidades que han de anticiparse, debiendo abandonarse la práctica habitual de emisión de tantos avales individuales por adquirente como anticipos (con distintos vencimientos) se hubieran pactado en el contrato de compraventa.

2) Con respecto a la posibilidad de prórroga y sus consecuencias, como hemos comentado, es cierto que la fianza se encuentra regulada en nuestro Código Civil⁴¹⁷ pero en nada hubiera dañado su inclusión en la regulación del aval.

3) Por otro lado, no se menciona que no serán objeto de devolución aquellas cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el beneficiario del aval. El legislador, creemos que supone, que la entidad en la que se abre la cuenta especial será la misma que emita los avales y que, por ello, podrá controlar si efectivamente dichas cantidades han sido anticipadas o no; pero no siempre es así y es más, como hemos comentado, en numerosas ocasiones, el promotor ha buscado entidades financieras distintas para no ser controlado por ellas; o ha obviado abrir cuenta especial alguna y sí indicar una cuenta ya abierta, o bien la propiamente abierta para el préstamo “promotor”, para el ingreso de las cantidades por los adquirentes.

Todo ello, unido al hecho de que el legislador además continúa sin regular detalladamente las peculiaridades de la cuenta especial, hacen que efectivamente el adquirente tenga que acreditar, también en el supuesto de que la garantía se haya prestado mediante aval solidario, que las cantidades fueron efectivamente anticipadas, como se regula en el apartado i) para los supuestos en que fueron aseguradas mediante seguro de caución.

4) Evidentemente, entendemos, el pago de las comisiones y gastos relativos a la emisión de los avales individuales, corresponderá al promotor-avalado y no podrá alegar el avalista la falta de pago de dichos costes, para eludir el requerimiento de pago hecho correctamente por el beneficiario de dicho aval⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Artículo 1847 CC: “La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones”; artículo 1207 CC: “Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”.

⁴¹⁷ La fianza se encuentra regulada en los artículos 1822 CC y siguientes y, la prórroga y los efectos de la fianza a los que nos hemos referido, en concreto, en los artículos 1851 y 1838 de dicho cuerpo legal.

⁴¹⁸ Como así lo advierte el legislador, en el apartado e) del punto 1, del apartado Dos de la DA 1ª LOE, al regular el seguro de caución.

En cualquier caso, el artículo 89.3 del actual Texto Refundido de la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁴¹⁹, prohíbe imponer al consumidor gastos que corresponden por ley al empresario o profesional (en este caso el promotor).

5) Que la condición de beneficiario del aval deberá coincidir con el adquirente del contrato de compraventa, aunque evidente, tampoco hubiera dañado su inclusión; al igual que sí indica al regular el seguro, que la condición de asegurado la tendrá el adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa⁴²⁰.

6) Por último, a diferencia del seguro de caución⁴²¹, al regular el aval solidario no establece el plazo que tiene la entidad garante para proceder al pago al adquirente desde la reclamación practicada por este, dejando nuevamente que sea la libertad de las partes quienes lo configuren en la propia garantía, lo que mermará la rapidez de la ejecución de este tipo de garantía frente a la prestada mediante seguro de caución, yendo en detrimento del adquirente.

Lo que sí ha hecho bien en ambos casos es diferenciar claramente el plazo de vigencia del plazo de caducidad así como del momento en que se producirá la cancelación de las garantías. Tres plazos, como hemos analizado en capítulos anteriores, completamente diferentes y con un alcance y significado, importantísimo de identificar por lo afectados, en cualquier posición, por la Ley 38/1999, en cuanto al sistema de garantías establecido por el legislador en la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas.

⁴¹⁹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que establece en dicho artículo 89.3: “En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:...

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario”.

⁴²⁰ Letra d), del punto 1, apartado Dos.

⁴²¹ Letra h) *in fine*, del punto 1, apartado Dos.

IV. LÍNEA DE AVALES Y AVALES INDIVIDUALES EMITIDOS AL AMPARO DE LA MISMA

La línea de avales es un contrato por el que una entidad de crédito acuerda con el promotor (el avalado), concederle una clasificación hasta un importe global máximo, para emitir, por orden y cuenta del mismo, avales ante terceros mediante una sola operación o mediante varias que pueden ser sucesivas o simultáneas.

Este tipo de operaciones surge para atender la necesidad de clientes, que por su intensa actividad empresarial, reclaman de la entidad de crédito la emisión constante de avales.

La línea de avales se interviene notarialmente, pero no constituye en sí misma, ninguna garantía, de hecho, habitualmente se “abre” dicha línea a “coste cero” y hasta tanto no se ordene por el promotor-cliente, emitir ningún aval, no existe ningún riesgo asumido por la entidad de crédito frente a terceros. En el momento en que se emiten los avales, o la garantía propiamente dicha, es cuando se generan las comisiones y gastos inherentes a la garantía prestada por la entidad.

Es primordial, por consiguiente, conocer que la línea de avales no constituye ninguna garantía frente a terceros, de hecho, ni siquiera en ella figuran concretos beneficiarios; pues suelen recogerse finalidades genéricas como, “para prestar avales frente a la Administración” o, en el caso que nos ocupa, “para prestar avales en garantía de las cantidades entregadas de los futuros adquirentes de la promoción XX”, pero, insistimos, ello no supone la asunción de ningún riesgo por la Entidad, puesto que, incluso, se suelen incluir cláusulas por las que la entidad de crédito se reserva la facultad de analizar cada uno de los avales que le solicita el cliente, pudiendo denegar la concesión de los que estime oportunos:

Límite del Riesgo: ...“En todo caso, la ENTIDAD no estará obligada a emitir avales, dentro del límite de riesgo previsto, si concurriese alguna de las causas de vencimiento anticipado previstas en este contrato, así como en aquellos supuestos en que la ENTIDAD tenga serias dudas acerca de la capacidad del AVALADO para cumplir con las obligaciones que pretenden sean garantizadas mediante la fianza solicitada a LA ENTIDAD, ya sea por falta de capacidad económica o porque razones técnicas o de falta de especialización del AVALADO puedan poner en riesgo el cumplimiento de las obligaciones a garantizar”.

Afirma en este sentido CHAMORRO POSADA⁴²², que “...debe tenerse presente que estos documentos genéricos (el contrato de seguro colectivo o póliza global o el contrato genérico de aval) no garantizan de modo efectivo la devolución de las concretas cantidades entregadas por los compradores. El único

⁴²² CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores por cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas”, op. Cit.

título de garantía de la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores es la póliza individual del seguro de caución o el concreto y específico aval que se refiera de modo individualizado a las cantidades que entregó anticipadamente cada uno de los compradores”.

Evidentemente, en las líneas de avales formalizadas para garantizar las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas al amparo de la LOE, dicha negativa de emisión de las cartas individuales, no podrá realizarse, salvo en 2 supuestos únicos:

- Que el promotor haya sobrepasado el límite total de la póliza o línea de avales, por lo que la entidad o bien le exigirá formalizar una ampliación ante Notario, o bien, por haber sobrepasado el límite de endeudamiento o de riesgo fijado por la entidad para dicho cliente-promotor, no atenderá la petición del promotor.

En estos supuestos, la entidad es libre de emitir o no la carta de aval, y el promotor deberá acudir a otra entidad de crédito o entidad aseguradora para obtener la garantía exigida por la Ley.

- Que el promotor no afronte el pago de la carta de aval a emitir, porque cuestión distinta son los avales ya emitidos (sobre los que pudiera haber falta de pago) y otra, que la entidad viniera obligada a afianzar al promotor gratuitamente.

En realidad, como decimos y a tenor de algunas sentencias, tanto de Audiencias Provinciales como del Tribunal Supremo, es lo que ha sucedido, cuando, en ocasiones, se ha condenado a una Entidad Financiera a atender la reclamación de los adquirentes de vivienda de una promoción (o también hemos visto idéntico resultado con Entidades Aseguradoras), únicamente con la formalización de la línea de avales, olvidando que la contratación de dicha línea no supone en sí misma, asumir ningún riesgo por parte de la Entidad Financiera por no tratarse de ninguna garantía, sino de un “Acuerdo Marco” entre promotor y entidad financiera, para emitir futuras garantías –las cartas de avales o avales propiamente dichos-, con unas comisiones y gastos pactados en dicho acuerdo; a petición del promotor –puesto que no se otorga ninguna garantía, sin dicha petición concreta del cliente/promotor-, y con la posibilidad de la entidad financiera de negarse a su emisión –aunque, como hemos indicado, en el supuesto que nos ocupa, serían muy limitadas las causas para negarse a dicha emisión.

ESTRUCH ESTRUCH⁴²³ afirma, “...con la sola emisión de la póliza global...ésta no queda obligada a devolver las cantidades entregadas por los compradores. Para que asuma esta obligación deberá haber emitido respecto de cada uno de los compradores una póliza individual en la que se hará constar, además de las condiciones generales...las particulares relativas a la persona... las

⁴²³ 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, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, op. cit. Véase también CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades...”, op. cit., 1995.

fechas señaladas de ingreso para las cantidades anticipadas y la fecha convenida para la iniciación de la construcción y/o para la entrega de la vivienda”.

En ocasiones, se condena a la entidad financiera pese a que tan solo formalizó con el promotor una línea de avales y en esta línea, la Audiencia Provincial de Burgos, en sentencia de 29 de julio de 2011, estableció:

“El incumplimiento por parte del promotor de entrega de los contratos de compraventa de las viviendas al avalista que lleva aparejado como consecuencia, a su vez, el incumplimiento por parte del avalista de entrega de los documentos individualizados de garantía al avalado, en ningún caso puede perjudicar a los actores, ajenos a la relación entre promotor y entidad de crédito”.

En estos casos, el Tribunal olvida que la línea de avales no constituye la emisión de ninguna garantía y que si no existe dicha garantía, es el promotor, el único responsable de no haber ordenado su emisión. No siendo la entidad financiera, en estos casos, co-responsable junto con el promotor.

En otros supuestos que hemos comentado previamente, se olvida por el Juzgador que en el momento de apertura de la cuenta especial la única contratación que puede realizarse entre el promotor y las entidades garantes son las pólizas globales, que, en ningún caso, constituyen garantía alguna a favor de los adquirentes y pese a ello, se condena a la entidad financiera que abrió la cuenta, por no haber exigido la constitución de dichas garantías individuales (imposible, como hemos explicado reiteradamente), o lo que es peor, por no haber “perseguido” al promotor para que ordenara su emisión y así condena a la entidad garante más allá de lo razonablemente exigible; no olvidemos incluso que, en no pocas ocasiones, la entidad depositaria donde se abre la cuenta especial no coincide con la entidad garante (aseguradora o crediticia):

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 6 de Alicante de 20 de marzo de 2013:](#)

“...ello no empece a la obligación que tiene la entidad financiera en la que se ha abierto la cuenta especial de comprobar que los depósitos que se realizan en dicha cuenta se refieren a cantidades garantizadas por medio de aval o seguro de caución. La existencia de este deber de comprobación resulta clara, pues de lo contrario no se comprende la expresión “bajo su responsabilidad”.

También encontramos aquellos supuestos en los que la entidad financiera es la que financia la promoción, pero, en ningún momento, se ha solicitado por el promotor, la apertura de una cuenta especial ni la contratación de la línea de avales:

[Sentencia de 25 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial de Burgos:](#)

“la responsabilidad de la caja financiadora no deriva de que no entregue los avales, que es una obligación del promotor (extensible al Promotor-cooperativista), sino por el hecho de que siendo la única entidad financiera y siendo la titular de la cuenta que se utiliza para financiar la promoción no exige la prestación de aval a la promotora y de ello nace su responsabilidad”.

Por último, en ocasiones el Tribunal Supremo resuelve condenando a entidades garantes simplemente con la formalización de la póliza global y sin la emisión de los avales individuales puesto que no se ordenan por el promotor y ello basándose en que, en las referidas pólizas, la finalidad de las mismas se encuentra claramente establecida con la frase: “para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas de los adquirentes de las viviendas de la promoción X, sita en Y”.

Afortunadamente, también podemos constatar sentencias dictadas, como la de 5 de febrero de 2013⁴²⁴, en las que, razonablemente, absuelven a dichas entidades garantes, puesto que argumentan:

“...la norma no le impone la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora. De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese obligación de entregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor”.

⁴²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2013, nº 25 [RJ\2013\1995].

V. TOMA DE POSICIÓN

El legislador ha podido observar cómo el mecanismo ideado para que de forma directa e inmediata pudiera el adquirente de una vivienda en construcción, recuperar las cantidades que anticipó, cuando el promotor ha incumplido con su obligación de inicio de las obras o entrega de la vivienda en el plazo establecido, no ha tenido la suficiente eficacia, debido, en parte, a la poca operatividad de las garantías establecidas para ello.

En base a lo anterior, ha pretendido con una regulación más concreta sobre dichas garantías eliminar cierta confusión y evitar las diversas interpretaciones surgidas sobre el alcance de las responsabilidades y el momento y forma en que se han de cumplir las obligaciones legalmente establecidas.

Ante la dificultad encontrada por los adquirentes en acreditar el efectivo incumplimiento por parte del promotor, de las obligaciones recogidas en la Ley, estamos convencidos que el legislador tiende a configurar la exigencia de unas garantías a primer requerimiento que, en la medida de lo posible, eliminen las trabas en aras de obtener un inmediato cumplimiento de la finalidad buscada por la Ley, a saber, la devolución de las reiteradas cantidades.

Es elogiable la diferenciación realizada por el legislador en relación a los distintos plazos a tener en cuenta, diferenciando el plazo de vencimiento de la garantía, entendiendo como tal, aquel en el que se ha de producir el incumplimiento, excluyendo la posibilidad de que se entienda garantizada la posible prórroga del contrato de compraventa si no ha sido consentido por la entidad garante; del plazo de caducidad, plazo durante el que es exigible la garantía y en el que el adquirente, ha de reclamar a la entidad garante la devolución de las cantidades que correspondan. Aclarando con ello, que, además, cuestión distinta es la razonable cancelación de las garantías cuando se expida el documento administrativo que faculte a la ocupación de la vivienda y se acredite la entrega de la misma por el promotor. Pudiendo producirse la cancelación por acaecimiento de dichos hechos incluso previamente al plazo de entrega de la vivienda pactado en el contrato de compraventa y por ende, previamente al plazo de efectividad (plazo de garantía) y exigibilidad (plazo de caducidad) establecido en la propia garantía.

Por último, reiterar que las pólizas globales no constituyen garantía alguna para los adquirentes de las viviendas; éstos, deberán exigir en el momento de la firma del contrato de compraventa, la entrega individualizada de cualquiera de los dos tipos de garantía que permite la Ley, identificando la vivienda concreta que adquieren, su propia identidad y el importe total que se comprometen a anticipar en el contrato de compraventa más los intereses legales que se devenguen; que en la misma se indique que se cubren ambos incumplimientos (inicio de las obras y entrega de la vivienda) en las fechas previstas y que el plazo para reclamar la devolución de las cantidades es de dos años desde el plazo que se pactó para la entrega de la vivienda; negándose a firmar el contrato con el

promotor y a anticipar ninguna cantidad sin la entrega de la garantías exigidas por Ley.

Para finalizar, creemos interesante recoger un posible modelo de aval en los términos exigidos por el legislador tras la reciente modificación operada en la Ley de Ordenación de la Edificación.

MODELO DE AVAL SOLIDARIO

Sucursal:
Granada, Calle

VIBALDO BANK, S.A., en adelante la ENTIDAD, con N.I.F. A-_____, con domicilio en Granada, _____, y en su nombre y representación D/D^a. _____, abajo firmante, con poderes bastantes para obligarse en este acto según resulta de la escritura de poder otorgada con fecha _____ ante el/la notario del ilustre colegio notarial de _____ D/D^a. _____ número _____ de su protocolo, inscrito en el registro mercantil de _____

AVALA

Solidariamente a _____ (1), con N.I.F. _____, y domicilio en _____ -el avalado-, en interés y beneficio de _____ (2) –el beneficiario del presente aval- ,la devolución de las cantidades entregadas por el beneficiario al avalado a cuenta del precio de la vivienda que se dirá hasta la cantidad de _____ (3), más los intereses que legalmente correspondan, exclusivamente para el caso de que la construcción de la vivienda no se inicie o no llegue a buen fin y no sea puesta a disposición del comprador en el plazo convenido entre el avalado y el beneficiario en el contrato de compraventa suscrito entre las partes con fecha _____ y, por tal razón, el comprador opte por resolver el contrato.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se hace constar que el plazo convenido para el inicio de las obras, finaliza el día _____ y la puesta de la vivienda a disposición de la parte compradora, finaliza el día _____.

La vivienda a la que hace referencia este aval es la siguiente: _____ (4)

El presente aval se expide en atención a la obligación de la parte vendedora de disponer de aval que garantice la devolución de las cantidades recibidas a cuenta por la compra de viviendas más el interés legal que las mismas pudieran producir; todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, Real Decreto 515/1989, de 21 de abril de protección de consumidores en la compraventa y arrendamientos de viviendas, y en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la Edificación.

El citado aval se presta por la ENTIDAD con carácter solidario, declarando la ENTIDAD su intención de obligarse conjunta y solidariamente con el avalado frente al beneficiario, a pagar dentro de, como máximo, los treinta días naturales siguientes a ser requerida, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1ª.- Que en relación al plazo convenido, se haya producido un retraso en la ejecución de las obras y, por tanto, en el inicio de las mismas o en la puesta a disposición del adquirente de la vivienda y por tal motivo la parte compradora haya dado por resuelto el contrato. Por tal razón, al requerimiento de pago a efectuar a la ENTIDAD avalista unirá la requirente copia del requerimiento efectuado por la compradora a la vendedora, en el que conste haberle notificado la resolución del contrato por el motivo expresado, y por ello, haberle requerido la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la compra.

2ª.- Que se requiera fehacientemente de pago a la ENTIDAD avalista dentro del plazo de caducidad expresado en el párrafo siguiente.

El presente aval será válido y eficaz hasta las veinticuatro horas del día _____ (5), caducando a todos los efectos si no se reclama a la ENTIDAD dentro del precitado plazo.

LA PROBLEMÁTICA DE LAS GARANTÍAS EMITIDAS EN CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA REGULADORA DE LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO DURANTE LA CONSTRUCCIÓN

En todo caso se considerará este aval totalmente extinguido y cancelado si se acreditase la puesta a disposición de la vivienda al beneficiario antes del plazo convenido con el avalado expresado más arriba.

Y para que conste y surta los efectos oportunos, se expide el presente documento de aval, en _____, a día de _____ de _____.

VIBALDO BANK, S.A.
P.P.

El presente aval ha quedado inscrito en esta fecha en el Registro Especial de Avaes de esta Entidad con el número...

1. Sociedad promotora o promotor.
2. Adquirente de la vivienda
3. Entrega a cuenta garantizada, en número y letra. Deberá coincidir con el total según el contrato de compraventa
4. Descripción exacta de la promoción, ubicación y datos de la vivienda concreta. Verificar con contrato de compra
5. Esta fecha será la resultante de sumar DOS AÑOS a la fecha prevista para la entrega de la vivienda a la parte compradora

**CAPÍTULO SEXTO.-
EL SEGURO DE CAUCIÓN PARA GARANTIZAR LAS
CANTIDADES ANTICIPADAS**

Es importante conocer la naturaleza del seguro de caución, una de las garantías mediante las que podrá el promotor dar cumplimiento a su obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas a, o durante, su construcción.

El seguro de caución se presenta en palabras de EMBID IRUJO⁴²⁵, como “...una modalidad de garantía personal, útil y valiosa, con la cual compiten las compañías de seguros frente a las entidades de crédito en el complejo y multiforme mercado del afianzamiento de las obligaciones...El seguro de caución puede asumir diferentes configuraciones jurídicas, que van desde la fianza hasta la garantía independiente, a través de las cuales se pretende lograr, con mayor o menor intensidad el cumplimiento de la <<función caucional>> que, a nuestro juicio, cabe atribuirle y que constituye asimismo, su verdadera razón de ser...”.

La referida función de caución se cumple en mayor medida desde el planteamiento de esta figura como una garantía independiente, lo que cuestiona su consideración como un seguro de daños, ámbito en el que legalmente aparece inserto el seguro de caución⁴²⁶.

En este sentido la Doctrina mayoritaria ha considerado el seguro de caución como una figura con la naturaleza de una garantía personal, cuyo régimen jurídico participará del Derecho de las garantías con aplicación de normas relativas al seguro; frente a la calificación del seguro de caución que realiza la Doctrina judicial que reafirma el carácter asegurador de la figura sin que ello obstaculice la aplicación de normas relativas a la fianza a la misma.

Entre los que niegan el carácter *fiseiusorio* del seguro de caución, manteniendo su naturaleza jurídica asegurativa, encontramos a TIRADO SUÁREZ⁴²⁷ que argumenta dicha posición en base a “...que las pólizas de caución constituyen actividad propia y típica de las entidades aseguradoras...”, al

⁴²⁵ EMBID IRUJO, J.M., “Problemas actuales del Seguro de Caución”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, op. cit., páginas 63 y 64. Otras definiciones interesantes en autores como CAMACHO DE LOS RÍOS, J. “El seguro de caución como garantía personal”, en Tratado de las Garantías en la contratación mercantil, *Editorial Civitas*, 1996, op. cit., páginas 765-812 o BARRES BENLLOCH, M^a P., “Régimen jurídico del seguro de caución”, Editorial Aranzadi, 1996.

⁴²⁶ Interesante la obra de CAMACHO DE LOS RÍOS, “Armonización del Derecho de Seguros de Daños en la Unión Europea”, 1996; de TIRADO SUÁREZ, F. J., “Los seguros contra daños”, en *Derecho Mercantil*, Tomo II, coordinado por JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Barcelona 1992 y de CABALLERO SÁNCHEZ, “Introducción al estudio del seguro privado”, Madrid, 1949.

⁴²⁷ TIRADO SUÁREZ, F.J., “Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros”, en *Contratos Bancarios*, Dir. GARCÍA VILLAVERDE, Madrid, 1992, páginas 817 y siguientes e igualmente en “Los seguros contra...”, op. cit., pág. 582. De hecho el autor resalta que la propia disciplina comunitaria afirma la posibilidad de que las entidades aseguradoras lleven a cabo dicha operación que antes, en algunos países europeos, solo estaba permitida a las entidades bancarias. También encontramos en la doctrina otros autores que mantienen esta línea y así SÁNCHEZ CALERO, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Valladolid, 1993, pág. 593; URÍA GONZÁLEZ, R., “Derecho Mercantil”, Madrid, 1993, pág. 732; VICENT CHULIÁ, “Compendio crítico de Derecho mercantil”, Tomo II; Barcelona, 1990, páginas 567 y siguientes, o nuevamente TIRADO SUÁREZ, F. J., “Comentarios al Código de Comercio Legislación Mercantil Especial”, Tomo XXIV, vol. 2º, páginas 416 y siguientes. CAMACHO DE LOS RÍOS, mantiene dicha postura con algunos matices pues afirma que “...el seguro de caución genera una verdadera obligación de fianza”, basándose en la necesidad de “...ir superando la rigidez del principio indemnizatorio y admitir que el establecimiento de las garantías personales pueda constituir una actividad típicamente asegurativa”, en su obra “El seguro de caución. Estudio crítico”, op. cit., pág. 145.

“...sometimiento a las reglas de técnica aseguradora...” y por la determinante presencia de una entidad aseguradora en la relación, y a “...que la tutela del riesgo asumido tena como fundamento la delimitación del riesgo a asegurar por parte del tomador-deudor realizada en la relación precontractual”.

Por muy discutible que sea su identificación como seguro de daños y si su naturaleza singular permite su consideración como una actividad propiamente aseguradora, lo importante es determinar su funcionamiento y peculiaridades de formalización para que por todos los operadores intervinientes en las distintas relaciones que se configuran así como por los órganos judiciales se alcance a comprender en qué forma dicha garantía es capaz de servir a la finalidad del legislador prevista en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, ofreciendo suficientes garantías a los asegurados-adquirentes de las viviendas.

I. EL SEGURO DE CAUCIÓN

1. ANTECEDENTES DEL SEGURO DE CAUCIÓN

El nacimiento de los seguros de caución se produce en el seno de las entidades de crédito, motivo por el cual se han vinculado históricamente aquellos seguros a los seguros de crédito. Es en el Derecho Romano, según CAMACHO DE LOS RÍOS⁴²⁸, donde encontramos el nacimiento de la forma jurídica que tiene conexión con el seguro de crédito y, por ello, con el seguro de caución, a saber, la “*receptum argentarii*”, figura de Derecho Romano bancario, que desarrollaba una auténtica función de garantía, en aquellas modalidades en que el banquero respondía del pago de la deuda garantizada de forma personal e independiente de aquella.

Del análisis de las primeras pólizas que encontramos⁴²⁹, concluye CAMACHO DE LOS RÍOS⁴³⁰, que “...en ellas se articulaba una operación identificable con el seguro de caución...”: cuando el asegurado demostraba – mediante el protesto- que el deudor no había realizado el pago, entraba en juego la cobertura ofrecida por el asegurador, quien procedía al pago en el mismo momento de la notificación y ello, al margen de que el deudor se encontrara en un estado de insolvencia o no (el estado de insolvencia, implicaría la pérdida total del crédito –seguro de crédito-; mientras que si no existía dicho estado, estaría más cercano a la figura del seguro de caución). Se incluían además cláusulas, frecuentes actualmente en la práctica de los seguros de caución, tales como cesión

⁴²⁸ La “*fideiussio indemnitis*” es el antecedente de los seguros de crédito, mientras que la “*receptum argentarii*”, que consistía en la promesa formal de un banquero de pagar una deuda ajena, puede considerarse la figura jurídica antecesora de los seguros de caución por cuanto cubrían el incumplimiento del deudor al margen de su solvencia. Contenido extractado de CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El Seguro de Caución. Estudio Crítico”, op cit., páginas 4 y siguientes.

⁴²⁹ Primera póliza realizada en 1831 por “*Banco Adriático de Assicurazione*” en Trieste, seguida por otra en 1837 realizada por “*Assurances Generales*” de Trieste (actualmente “*Assicurazioni Generali*”).

⁴³⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El Seguro de Caución...”, op. cit., 1994, páginas 5 y siguientes.

del crédito al asegurador o renuncia de éste a los beneficios de excusión y división.

No es sino hasta el año 1882, con el nacimiento del Código de Comercio Italiano, en el que podemos encontrar un cierto reconocimiento legislativo a la propia figura aunque como afirma HOYOS ELIZALDE⁴³¹, “...Posiblemente, fue en Bélgica donde este seguro tuvo su primer reconocimiento legislativo. En concreto la Ley Belga de Contrato de Seguro de 1874, declaraba en el artículo 6 “*Un créancier peut faire assurer la solvabilité de son débiteur; l’assureur pourra se prévaloir du bénéfice de discussion, sauf convention contraire*” – (Un acreedor puede hacer asegurar la solvencia de su deudor; el asegurador podrá hacer prevalecer el beneficio de discusión salvo que existiera pacto en contra”), con lo que se admitía la posibilidad de la práctica de los seguros de crédito”.

SILVA SANTOS⁴³², afirma que “*Lato sensu*, se puede decir que, para una práctica común, la rama crédito comprende las ramificaciones de crédito y de caución”. De hecho, en países como Alemania no existe esta clara distinción de ambas figuras.

Sin embargo el seguro de caución se desliga del de crédito, convirtiéndose en una figura autónoma bien por la práctica aseguradora (por desarrollo de las compañías de seguro de caución especializadas) o por el desarrollo legislativo concreto, lo cual es relativamente reciente⁴³³, siendo las principales diferencias, entre uno y otro, las siguientes:

a. En cuanto a la forma, el seguro de crédito, respeta el principio de globalidad, en la medida en que da cobertura a un universo de riesgos y el instrumento adecuado a esa cobertura, es una póliza flotante o de abono, mientras que el seguro de caución cubre operaciones concretas cuyo instrumento adecuado no puede ser otro, que una póliza individual.

TIRADO SUÁREZ⁴³⁴, en relación a la forma de contratación afirma que “...mientras que en el seguro de crédito el acreedor pretende cubrir todo su volumen de negocios, siendo usuales las denominadas pólizas

⁴³¹ HOYOS ELIZALDE, C., “El seguro de caución”, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación MAPFRE, 2012, pág. 23. También sobre el origen de este seguro, véase DEL CAÑO ESCUDERO, F., “Derecho Español de Seguros”, Madrid, 1974 y DE JUAN RODRÍGUEZ, A., “Política de Seguros”, Madrid, 1950 y

⁴³² SILVA SANTOS, M., “Determinación del Seguro de Crédito. Armonización y articulación en el Ámbito Internacional”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.s.), Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil, 2005, pág. 223.

⁴³³ Desde la perspectiva del seguro de caución desde una concepción moderna.

⁴³⁴ TIRADO SUÁREZ, F. J., “El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español”, apéndice a la obra de BASTIN Jean y otros, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980. Esta y las siguientes afirmaciones recogiendo las diferencias entre ambos seguros.

globales o flotantes, en el seguro de caución se cubren operaciones concretas, empleándose, por tanto, pólizas individuales”.

b. En cuanto al “aleas”⁴³⁵, mientras que el seguro de crédito, tiene por objeto resarcir por una pérdida definitiva que causará la reducción efectiva del patrimonio del asegurado como consecuencia del incumplimiento de una obligación; el seguro de caución, tiene por el objeto el mero incumplimiento.

En cuanto al riesgo, el mismo autor, TIRADO SUÁREZ, señala que “...mientras el seguro de caución tiene por objeto indemnizar la pérdida definitiva que sufre el asegurado (acreedor) como consecuencia del impago de la obligación por insolvencia del deudor, el seguro de caución tiene por objeto la reparación del daño derivado del mero incumplimiento del deudor, daño que está evaluado *a priori* legal o convencionalmente”.

c. En cuanto a su clasificación, el seguro de crédito, se configura como un seguro en que el tomador y asegurado son la misma persona y el asegurador es quien deberá indemnizar en caso de siniestro al asegurado puesto que el daño se repercutirá en su patrimonio, mientras que el seguro de caución es un riesgo por cuenta ajena, en el que intervienen 3 personas distintas: el asegurador (acepta el riesgo), el tomador (causante del riesgo) y el beneficiario (acreedor del tomador).

Por último, en este sentido afirma igualmente TIRADO SUÁREZ, que “...Tomador es la persona que contrata el seguro y cuya conducta puede ser desencadenante del siniestro; por su parte, el asegurado es el titular del interés cubierto por el seguro, quien ocupa, frente al asegurador una posición acreedora, siendo el beneficiario de la eventual indemnización”.

Recogemos la definición que del seguro de caución adopta el artículo 68⁴³⁶ de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro:

“Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle rembolsado por el tomador del seguro”.

⁴³⁵ “En una relación contractual, riesgo del incumplimiento de las prestaciones que constituyen su objeto”.- Definición extractada de la web: www.rae.es

⁴³⁶ Véase el trabajo de OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, op. cit., pág. 872.

Este único artículo sobre cuya redacción volveremos más adelante es muy parco en palabras pero entendemos, al igual que la mayoría de la Doctrina que la razón para ello se encuentra en la necesidad de que bajo dicha figura del seguro de caución convivan las múltiples posibilidades que de este seguro existen en la práctica aseguradora.

O en palabras mucho más certeras de TIRADO SUÁREZ⁴³⁷, “...una de las razones que justifican la parquedad con que la LCS define al seguro de caución, no es sino la voluntad del legislador de dar un amplio margen de actuación a la voluntad de los contratantes”.

2. EL SEGURO DE CAUCIÓN Y LA FIANZA

Para afrontar el estudio de la naturaleza jurídica del seguro de caución y su proximidad a la fianza, no sobra acudir a la definición que de caución contempla la Real Academia de la Lengua Española y que no es otra que:

“(Del latín, *cautiō*, - *ōnis*):

2. f. Garantía o protección prestada a alguien.

3. f. *Der.* Garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual”.

El seguro de caución es literalmente un seguro de garantía. Efectivamente y como ampliamente ha analizado la doctrina, bajo la denominación de seguro de caución se acogen todo tipo de garantías en las que, por ley o por contrato, haya de prestarse caución real, en garantía del cumplimiento de la obligación nacida en una relación jurídica y en las que dicha caución, se sustituye con una póliza de seguro. En definitiva, consiste en garantizar al acreedor de dicha relación jurídica, que su crédito va a ser satisfecho, ciertamente por el compromiso o cumplimiento de un tercero, pero con idéntica finalidad o propósito. Esta obligación que asume el asegurador, en virtud del seguro de caución, es de naturaleza *fideiusoria*, pues persigue salvaguardar el interés económico del acreedor en la obligación garantizada; en concreto, como afirma HOYOS ELIZALDE⁴³⁸ “...a proteger al asegurado frente al incumplimiento del tomador-deudor...”.

Debe afirmarse que el seguro de caución se configura como una fianza suficiente que sustituye sin inconvenientes la prestación de caución por lo que la función caucional de dicho seguro está asegurada toda vez que, precisamente, en

⁴³⁷ TIRADO SUÁREZ, F.J., “Comentarios al Código de Comercio...”, op. cit., pág. 419.

⁴³⁸ HOYOS ELIZALDE, C., “El Seguro de Caución”, *Cuadernos de la Fundación MAPFRE*, 2012, nº 175, pág. 28.

palabras de CAMACHO DE LOS RÍOS⁴³⁹, “...la razón de su origen fue sustituir la caución que debían prestar determinadas personas, por dicha garantía concertada por una entidad aseguradora. La póliza de caución no es sino el medio para instrumentar la mencionada caución que debe prestar dicha entidad aseguradora”.

Existe una amplia discusión teórica sobre si la auténtica naturaleza del seguro de caución es la de la fianza o la del seguro. Es clara, para toda la doctrina, la diferencia entre fianza y seguro de caución, puesto que como bien sentencia el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 2003:

“...mientras la fianza es contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de este, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal sino a resarcir al acreedor los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiere producido”.

Es clara pues la naturaleza *fideiusoria* de la obligación asumida por el asegurador. Sin embargo, lo que no deja ser objeto de discusión es si el seguro de caución ha de ser considerado como un contrato de fianza o si el seguro de caución ha de ser considerado un contrato de seguro; pasando por aquellos que consideran que en el seguro de caución, aparecen elementos tanto del ámbito *fideiusorio* como asegurativo, sosteniendo una especie naturaleza mixta del mismo⁴⁴⁰.

[A\) EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO FIANZA](#)

Para no extendernos en demasía, brevemente expondremos que aquellos que ven el seguro de caución como un contrato de fianza, básicamente se dividen en dos:

- 1) Aquellos que consideran el seguro de caución como un contrato preparatorio o precontrato⁴⁴¹.

⁴³⁹ CAMACHO DE LOS RÍOS, “El seguro de caución...”, op. cit., páginas 15 y siguientes.

⁴⁴⁰ A continuación expondremos un resumen de las distintas teorías basándonos en la obra ya comentada del profesor CAMACHO DE LOS RÍOS, “El Seguro de Caución. Estudio Crítico”, 1994. Véase también la obra de DIEZ PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L., “Fundamentos del Derecho civil patrimonial”, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1986, páginas 598 y siguientes; la de GUILARTE ZAPATERO, “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Tomo XXII y la de RUIZ VADILLO, E., “Derecho Civil”, 18ª edición, Logroño, 1991-1992, pág. 594.

⁴⁴¹ Es interesante la consulta de la obra de BENAVENTE SEGORB, R., “Reflexiones respecto de la posibilidad de realizar precontratos de seguro de caución”, *Revista General de Derecho*, 1999, nº 97.

Dejando a un lado las discusiones terminológicas al respecto, esta teoría implica que si el precontrato (entendiendo por tal aquel llevado a cabo entre el deudor y el asegurador) es aquel en el que los contratantes se obligan a celebrar un contrato futuro (el negocio de aceptación de la póliza y que constituye un auténtico contrato de fianza), una vez firmado éste, aquel se extinguiría; lo que trasladado al seguro de caución supondría la extinción de la propia póliza suscrita entre deudor-tomador y asegurador. Situación que no es en ningún caso realista toda vez que la póliza ha de subsistir pues es la base del propio contrato.

En palabras de CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁴² “...esta tesis ha servido para negar la naturaleza asegurativa del seguro de caución, al entender que si el fin perseguido por las partes es la constitución de una fianza, la póliza no es sino un negocio preparatorio (designa las partes intervinientes, fija el importe de la fianza su duración, los casos en que ésta es exigible, etc.)”.

2) Aquellos que consideran el seguro de caución como un negocio a favor de terceros.

Los que comparten esta teoría, entienden sin género de dudas que el seguro de caución es un contrato de fianza a favor de tercero, garantía asumida en virtud del acuerdo entre deudor y fiador. En sentido estricto, contrato a favor de tercero es aquel que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero que no participa ni directa ni indirectamente en la celebración de aquel, no estando, en ningún caso, obligado por dicho contrato.

El contrato de seguro de caución en palabras de OLIVENCIA RUIZ⁴⁴³, es aquel en que la ley “...ha establecido un esquema de elementos personales en cuya virtud tomador y asegurado son siempre personas distintas en esta modalidad, siendo el primero deudor y el segundo acreedor en la relación jurídica obligatoria a la que el seguro se refiere. En otras palabras, el seguro de caución será siempre <por cuenta ajena>”.

Y como tal seguro por cuenta ajena: las obligaciones del seguro recaen sobre el patrimonio del tomador y los derechos resultantes del mismo corresponden al asegurado.

B) EL SEGURO DE CAUCIÓN CON ELEMENTOS FIDEIUSORIOS Y ASEGURATIVOS

1) Teoría del negocio indirecto.

Se basa esta teoría en el hecho de que las partes, aun pretendiendo la constitución de una fianza, recurren al esquema negocial del seguro, motivo por el

⁴⁴² CAMACHO DE LOS RÍOS, “El seguro de caución...”, op. cit., pág. 69. A favor de esta teoría OSSORIO MORALES, “Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general), Granada, 1986.

⁴⁴³ OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, op. cit., páginas 879-880.

que hablan de un negocio indirecto, toda vez que las normas reguladoras que regirán la relación serán las del contrato de seguro. Algunos rechazan esta posición por cuanto implicaría que el ordenamiento jurídico permite a las partes, la utilización de un tipo contractual para realizar intereses ajenos a dicho contrato.

2) Teoría del negocio complejo o mixto.

Esta teoría basada en la complejidad de la figura, encuadra la misma dentro de varias regulaciones distintas: las normas de la relación jurídica predominante (la fianza), junto con la disciplina asegurativa. Como bien señala CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁴⁴, “...calificar a un instituto como de naturaleza compleja no quiere decir que no sea encuadrable dentro de un esquema negocial en atención a su causa, sino que su causa sería «nueva» y formaría un tipo autónomo”.

3) Teoría del negocio jurídico atípico.

Estos autores consideran al seguro de caución como un «subtipo innominado de fianza», y justifican así la convivencia en el seguro de caución, de elementos característicos del ámbito de la fianza y asegurativo. Teoría que comparte EMBID IRUJO⁴⁴⁵.

4) Teoría del aval en sentido amplio.

Como máximo exponente de la misma, encontramos a BLANCO CAMPAÑA⁴⁴⁶, quien defiende la concepción de aval como “...un contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos...” y que “...no se está en presencia de una simple fianza convencional, sino de un contrato complejo, autorizado por el principio general de la autonomía privada...”.

C) EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO CONTRATO DE SEGURO

Dentro de los autores que mantienen dicha teoría encontramos a TIRADO SUÁREZ⁴⁴⁷ quien defiende que no solo a tenor del artículo 5 párrafo 1º b) de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, las pólizas de caución constituyen actividad propia y típica de las entidades aseguradoras, puesto que en caso contrario se produciría la nulidad de pleno derecho de las operaciones

⁴⁴⁴ CAMACHO DE LOS RÍOS, “El seguro de caución. Estudio Crítico”, op. cit., pág. 77.

⁴⁴⁵ EMBID IRUJO, J.M., “Aval, fianza y seguro de caución”, *La Ley*, año XIII, núm. 2954, páginas 6 y siguientes.

⁴⁴⁶ BLANCO CAMPAÑA, “Aval cambiario y aval como contrato de garantía”, op. cit., páginas 677 y siguientes.

⁴⁴⁷ Entre otros, TIRADO SUÁREZ, J., “Seguro de Caución” en la obra “Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones”, páginas 1029 y siguientes.

que consisten en prestar garantía distinta “de las propias de la actividad aseguradora”, sino que la presencia de una entidad aseguradora es determinante para afirmar la naturaleza asegurativa del contrato de seguro.

A nuestro juicio, cuestión distinta es que ambas figuras sirvan a una idéntica finalidad, cual es prestar caución, a que dicha finalidad se instrumente a través de distinta garantía. En el caso del seguro de caución, si bien es cierto que la naturaleza asumida por el asegurador (entidad garante) es la de prestar caución, la naturaleza jurídica de la figura a través de la que la presta participa de la naturaleza propia del seguro y no solo por el sujeto que la presta (entidad aseguradora, obligada por requisitos legales en cuanto a su existencia y regulada en cuanto a la actividad realizada) y el instrumento a través del cual se presta (póliza de seguro) sino también por el mecanismo que activa la ejecución de la garantía prestada, propia de la actividad aseguradora y no de la garantía prestada mediante fianza (atendiendo al riesgo cubierto, al momento en que se produce el siniestro y acreditación del mismo y, en último término, a la respuesta del garante frente al requerimiento).

Aunque analizaremos más detenidamente el seguro de caución como garantía en general y como garantía mediante la que asegurar la devolución de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción, al amparo de la aún vigente Ley 57/1968, sustituida a partir del 1 de enero de 2016 por la regulación establecida por la disposición adicional primera de la LOE, con las modificaciones realizadas recientemente, conviene realizar un breve análisis del seguro de caución como contrato de seguro, para poder tener una visión clara que permita analizar esta figura en el marco de la norma estudiada en este trabajo.

El artículo 68 de la LCS⁴⁴⁸, establece: “Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

Para adentrarnos en dicha materia es fundamental analizar ciertos aspectos del seguro de caución que son los que en definitiva plantean dudas y dan lugar a dos teorías diferenciadas, los que defienden el carácter *fideiusorio* del mismo o los que defienden su naturaleza *asegurativa*.

Dichos aspectos son:

⁴⁴⁸ El Anteproyecto del Código Mercantil, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014, en su Sección 6ª. DEL SEGURO DE CAUCIÓN, establece:

Artículo 592-39. *Noción*

1. Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

2. Será necesaria la autorización expresa del asegurado para resolver el contrato de seguro de caución por causas distintas al mero transcurso del plazo de duración establecido

- El principio indemnizatorio.

Dicho principio implica que el contrato de seguro tiene como finalidad la indemnización o reparación de un daño por lo que implícitamente supone que el asegurado no pueda obtener un enriquecimiento injusto⁴⁴⁹.

Al margen de otras discusiones doctrinales⁴⁵⁰, en lo relativo a los seguros de daños, la doctrina acepta de forma unánime que la finalidad del resarcimiento es en sí, la causa jurídica del contrato y que, según GARRIGUES⁴⁵¹ “...en todo tiempo, y de acuerdo con su esencial finalidad, el seguro de daños en las cosas se ha fundado, más o menos explícitamente, en el principio indemnizatorio”.

Conocer si el seguro de caución, como seguro de daños, cumple con dicha función indemnizatoria propia y esencial de todo seguro, es fundamental.

Debemos analizar el riesgo que en dicho contrato ha de entenderse asegurado, así como cuándo se produce el siniestro, pues no es sino el momento esencial en que el asegurador ha de indemnizar al asegurado.

- El riesgo

Como veremos y para poder entender qué constituye el riesgo en el seguro de caución, debemos partir de la consideración de que la obligación del asegurador es en sí misma, sustitutiva de la caución. La posibilidad de que el deudor de la obligación principal incumpla con su obligación, es la que induce al acreedor a exigir la constitución de una caución. Dicha caución puede ser sustituida por un seguro de caución que le garantice la indemnización en caso de incumplimiento; es lo que se denomina “función caucional” del seguro de caución. Ella, por consiguiente, es la que nos permite identificar el riesgo en estos seguros, pues, “...no cabe si no concluir que el riesgo que éste cubre –referido al seguro de caución como sustitutivo de la caución- debe ser el mismo para el que se impuso el deber de constituir el depósito –o caución-⁴⁵²”

También puede llegarse a idéntica conclusión atendiendo al tenor literal del artículo 68 de la LCS, que hemos recogido anteriormente, al incluir con claridad, la frase “...en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales,...”.

De hecho el propio Tribunal Supremo así lo considera, puntualizando que, “...el objeto...-de estos seguros, es...el resarcimiento de los daños

⁴⁴⁹ Artículo 26 de la LCS: “El Seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado...”.

⁴⁵⁰ Véase CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El Seguro de Caución. Estudio Crítico”, op. cit., páginas 85 y siguientes.

⁴⁵¹ GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J. “Contrato de seguro terrestre”, Madrid, 1983, pág. 134.

⁴⁵² CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El Seguro de Caución. Estudio...”, op. cit., pág. 93.

patrimoniales sufridos por el asegurado derivados del incumplimiento del tomador...⁴⁵³»

No puede dudarse entonces, que el riesgo asegurado no es otro que el incumplimiento por el tomador de sus obligaciones derivadas de la relación jurídica principal.

La doctrina ha criticado que en la LCS no se da una noción de qué ha de entenderse por *incumplimiento*, pues el mismo puede ser entendido en un sentido amplio (considerando que existe incumplimiento sea imputable o no, al deudor) o en un determinado sentido (excluyendo algunos tipos de incumplimiento –los que no sean esenciales- o incluyendo aquellos cumplidos defectuosamente o de forma incompleta). Sin embargo, atendiendo al único artículo de la Ley sobre el seguro de caución, a nuestro juicio, dicha delimitación ha de marcarla la propia autonomía de la voluntad y, en el caso que nos ocupa, la propia Ley que exige su constitución lo revela como un incumplimiento esencial y objetivo, al margen del motivo que lo provoque.

Llegados a este punto, debemos preguntarnos si dicho riesgo, el incumplimiento, puede ser asegurado.

Del propio artículo 68 podemos concluir dos cosas:

1º.- Que el seguro de caución, es un seguro de daños. Pues en virtud del mismo el asegurador se obliga “...a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad de los daños patrimoniales sufridos,...”.

2º.- Que tiene una función indemnizatoria, al recoger el término “indemnizar”, revela la intención de manifestar el carácter indemnizatorio de este seguro.

Para que un riesgo sea asegurable, ha de producirse un daño que pueda ser indemnizado, pues sin daño no existe riesgo y, por ello, tampoco podría existir el contrato de seguro.

Un incumplimiento puede producir un daño y por consiguiente ser un riesgo asegurado, sin que ello sea incompatible con el principio indemnizatorio esencial en los contratos de seguros:

- Por un lado, el incumplimiento ocasiona un daño o lesión en los intereses económicos del acreedor.

Y no puede negarse que “...desde el punto de vista jurídico, también ese interés (el exacto cumplimiento) pueda constituir el

⁴⁵³ STS de 20 febrero de 1989.

presupuesto válido de un contrato de seguro, a través del cual el acreedor quede cubierto del riesgo de incumplimiento.⁴⁵⁴”

Por lo que concluye por la doctrina, que no solo “... la falta de cumplimiento de una obligación puede ocasionar daños reales en la economía del acreedor...⁴⁵⁵”, sino que también “...el mero retardo en el cumplimiento produce daños económicos indudables.⁴⁵⁶”

- Por otro lado, el hecho de que en los seguros de caución, la suma asegurada coincida o represente el valor del interés y que éste coincida a su vez con la suma indemnizatoria en caso de siniestro:

a) no rompe con la función de indemnización, ni con la necesaria valoración objetiva del daño experimentado como consecuencia del incumplimiento de la obligación por el tomador del seguro, como ocurre en el resto de los seguros de daños, puesto que como afirma EMBID IRUJO⁴⁵⁷ “...en el marco del seguro de caución se lleva a cabo una valoración anticipada y bilateral del daño...”.

b) impide, por dicha peculiar relación entre la suma asegurada y el valor del interés, que haya situaciones de *infra-seguro* o *sobre-seguro*⁴⁵⁸.

- El siniestro

No puede hablarse de una configuración legal del siniestro. Su determinación es fundamental por cuanto no solo implica la materialización del riesgo, sino que también provoca u origina la prestación a la que viene obligado el asegurador. De hecho, las distintas definiciones que nos ofrece la doctrina, basan las mismas en resaltar ambas situaciones.

Como hemos comentado, una de las singularidades del seguro de caución se concreta en que la cuantía de la indemnización es calculada anticipada y bilateralmente, lo que no implica ninguna incompatibilidad, a nuestro juicio, con el principio indemnizatorio, máxime si, en el seguro de caución que nos ocupa, no

⁴⁵⁴ CAMACHO DE LOS RÍOS, “El Seguro de Caución. Estudio...”, op. cit., pág. 97, haciéndose eco de la opinión de GAMBINO.

⁴⁵⁵ TIRADO SUÁREZ, J. “El Seguro de crédito...”, op. cit., pág. 695.

⁴⁵⁶ VICENT CHULIA, “Compendio crítico...”, op. cit., 1990, pág. 568.

⁴⁵⁷ EMBID IRUJO, JM., “El Seguro de Caución...”, op. cit., 1986, pág. 295. Lo que supone “...que, en caso de siniestro total, la prestación del asegurado es conocida de antemano y no resulta, como en los seguros de daños, de la valoración objetiva del daño experimentado como consecuencia del incumplimiento de su obligación por el deudor-tomador del seguro”.

⁴⁵⁸ TIRADO SUÁREZ, J. “El contrato de seguro” en la obra La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, Dir. SÁNCHEZ CALERO, Editorial Aranzadi, 1989, pág. 1040 y 1041. Este autor afirma, basándose en el camino abierto en la doctrina alemana hacia una categoría denominada “seguros de patrimonio”, que “en este campo de los seguros de daños, diversos a los seguros de las cosas y a los de lucro cesante, es donde se encuadran los seguros de caución, en los que la suma asegurada representa el valor del interés en el momento de la perfección del contrato y la suma indemnizatoria en caso de siniestro”.

solo se han pactado como tal las cantidades que deberían haberse “devuelto” por el tomador-promotor, al incumplir su obligación, sino que también incluyen, por imperativo legal, los intereses devengados.

Por otro lado, en el seguro de caución, es relevante el hecho de que la conducta responsable que origina el siniestro no es la del asegurado sino la del tomador, derivado de la propia estructura del seguro de caución como un seguro por cuenta ajena. Ello, como explicaremos más adelante, y pese a la aparente contradicción con lo establecido en el artículo 19⁴⁵⁹ de la LSC, no implica, gracias al mecanismo de la acción de regreso, dejar en manos del promotor la provocación voluntaria del siniestro.

Por último, la más importante a nuestro juicio de las peculiaridades de este seguro, consiste en la falta de concreción teórica de cuándo se ha de entender producido el siniestro.

En este sentido, existe un amplio margen de libertad, otorgado por la Ley de Contrato de Seguro, para determinar en qué momento ha de tenerse por verificado el siniestro. Por ello, en este tipo de seguros y en relación precisamente en la determinación del mismo, cobra tremenda importancia la declaración del riesgo que, con carácter precontractual, se realice.

Si bien, la Ley que nos ocupa, no lo fijó concretamente en su origen, ni en la posterior modificación mediante la disposición adicional primera de la LOE en el año 1999, sin embargo, dicho momento, por remisión a la Orden de 29 de noviembre de 1968, quedaba fijado con la simple reclamación del asegurado a la entidad aseguradora, con la exigencia de acompañar el requerimiento previo al contratante (entendiendo por tal al promotor-tomador-contratante del seguro) y éste, no hubiera procedido a la devolución de las cantidades.

La reciente modificación operada en la disposición adicional primera de la LOE, procede a incorporar dicha exigencia establecida en la Orden del 68 mencionada, como requisito para la ejecución de la garantía prestada mediante seguro de caución.

3. EL SEGURO DE CAUCIÓN. CONCEPTO Y ENCUADRE SISTEMÁTICO

La redacción definitiva del artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro relativa al seguro de caución, en nuestra opinión, tuvo que ver en gran medida con la justificación de encuadrar al seguro de caución dentro del seguro de daños y zanjar, a nuestro juicio, cualquier duda sobre la consideración de la naturaleza del mismo como un auténtico seguro.

⁴⁵⁹ Artículo 19 LCS: “El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado”.

En este sentido, en la redacción definitiva, innovando la propuesta de enmienda, se concluyó:

- a. Introduciendo, el derecho de reembolso concedido al asegurador.
- b. Añadiendo la expresión «daños patrimoniales sufridos».
- c. Suprimiendo la expresión «garantizada».

Para TIRADO SUÁREZ⁴⁶⁰ la última de las modificaciones respondía al interés en “...subrayar el contrato de seguro que vincula al tomador y asegurador –dejando a un lado el contrato subyacente entre tomador y asegurado...”.

Evidentemente, hasta la versión definitiva, existieron varias y así:

Versión primitiva: “Cuando se haya pactado un seguro caución, el derecho del asegurado o del *beneficiario* al cobro de la indemnización surgirá desde el momento en que, llegado el vencimiento del *crédito*, no se hubiere producido el pago del mismo”.

Versión segunda: “Seguro de caución por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar los daños patrimoniales sufridos por el asegurado *si, llegado el vencimiento de la obligación, no se hubiera producido el pago del mismo*”.

Enmienda nº 9 de la Ley⁴⁶¹: “Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador de seguro de sus obligaciones legales o contractuales a indemnizar al asegurado, a título de resarcimiento o penalidad, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato *garantizado*”.

Todas ellas justificadas a nuestro juicio para alejar la figura del seguro de caución de otras figuras afines como la fianza o el seguro de crédito y darle su propia autonomía.

Si nos parece interesante resaltar las valoraciones que algunos autores⁴⁶² realizan de la introducción de la palabra “incumplimiento” en sustitución de la expresión “si, llegado el vencimiento de la obligación, no se hubiera producido el pago de la misma”, toda vez que consideran que el término “incumplimiento”, varía según la óptica con la que se analice:

1. Para el acreedor, habrá incumplimiento, sea cual fuere la causa que lo motiva, mientras que,

⁴⁶⁰ TIRADO SUÁREZ, J., “Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial”, op. cit., pág. 420.

⁴⁶¹ Enmienda introducida por el Diputado de UCD, José María GIL ALBERT.

⁴⁶² Entre otros, CAMACHO DE LOS RÍOS, J., op. cit, pág. 16 y VICENT CHULIA, “Compendio crítico de Derecho Mercantil”, op. cit., pág. 567.

2. Para el deudor, únicamente se entenderá producido el mismo, si es imputable a su persona, excluyendo los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito.

En este sentido OLIVENCIA RUIZ⁴⁶³ afirma que se está dejando "...describir el riesgo de incumplimiento y de establecer en qué supuestos ha de considerarse verificado el riesgo", en las propias pólizas.

En definitiva, podemos concluir que, el seguro de caución:

1. Es un seguro de daños.

No únicamente porque la doctrina mayoritaria así lo considere sino por su encuadre dentro de la LCS. Al margen de ello, y de las discusiones doctrinales sobre el tipo de seguro de daños al que nos enfrentamos, puesto que no pretendemos extendernos en demasía sobre estos aspectos, como CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁶⁴, consideramos que nos encontramos ante un seguro de daños y dentro de éstos, ante aquellos que recaen sobre un derecho concreto, en atención al interés asegurado.

2. Es un seguro sobre riesgos jurídicos.

Como hemos anticipado, el riesgo cubierto es el incumplimiento. Pero dicho incumplimiento se deriva de no atender las obligaciones concretas de una relación jurídica en la que surge un derecho de crédito para el asegurado, en contraposición con los riesgos que podrían denominarse naturales o económicos. Y, en concreto, una relación jurídica en la que el derecho de crédito consiste en una obligación de hacer o no hacer, obligación que "...viene acompañada con la obligación de constituir una caución...lo que se realizará por medio del seguro de caución⁴⁶⁵".

3. Es un seguro por cuenta ajena.

⁴⁶³ OLIVENCIA RUIZ, M., "Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro", op. cit. pág. 877.

⁴⁶⁴ Siguiendo la clasificación que de los mismos realiza GARRIGUES en "Contrato de seguro terrestre", op. cit., pág. 47, cuando basándose en el interés asegurado, distingue entre seguros de daños sobre cosas determinadas, sobre derechos determinados o sobre el patrimonio; considerando que el seguro de caución sería un seguro de daños sobre derechos determinados y en este mismo sentido, OLIVENCIA RUIZ, M., "Seguros de caución...", op. cit., pág. 87 y BROSETA PONS, "Manual de Derecho Mercantil", op. cit., pág.532.

⁴⁶⁵ CAMACHO DE LOS RÍOS, J, "El Seguro de Caución. Estudio...", op. cit. pág. 19.

La obligación de la entidad aseguradora en un seguro de caución consiste en indemnizar al asegurado en caso de que el tomador no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales. La peculiaridad consiste en que tomador y asegurado no coinciden y en que la entidad aseguradora se convierte en garante por orden del tomador del seguro (que es el que asume las obligaciones relativas al contrato de seguro y, concretamente, el pago o contraprestación exigida por la entidad garante), sin la intervención del asegurado. El tomador contratante, que es el desencadenante de que se produzca el siniestro, concierta el seguro para protección de un interés que no es el suyo, sino del asegurado que será el que tenga derecho a la prestación indemnizatoria del asegurador. Por ello, se considera en esencia, un seguro por cuenta ajena⁴⁶⁶, en cuyo ámbito, nacen dos relaciones jurídicas diferenciadas: la de la entidad aseguradora con el tomador (deudor de la obligación garantizada) y la entidad aseguradora y el asegurado (acreedor de aquella garantizada).

En realidad, las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución van desde los que defienden la función caucional de este seguro hasta tal punto que ello puede derivar en su consideración de que estamos ante una fianza, hasta los que entienden que no se cumple dicha función por el carácter de resarcimiento básico establecido por la ley y propio de los seguros (derecho de indemnización del asegurado).

Como bien afirma CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁶⁷, “...será necesario analizar –a efectos de determinar su naturaleza jurídica- si el seguro de caución persigue garantizar el cumplimiento de la obligación principal o, por el contrario, persigue indemnizar al asegurado por los daños derivados del incumplimiento de aquella. De hecho en torno a esta dualidad (función garantía-carácter asegurativo) giran las diversas teorías existentes al respecto”.

Por nuestra parte y pese al estudio en profundidad de distintos posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales en torno a la figura, no nos detendremos más en la exposición de las distintas posturas vertidas al respecto, cuya interesantísima lectura, sin embargo, recomendamos; por un lado, puesto que poco hay que añadir y por otro, puesto que excede de nuestra intención de dotar de un carácter predominante y fundamentalmente práctico a este trabajo y sobre todo, ceñido al seguro de caución regulado en la disposición adicional primera de la

⁴⁶⁶ Algunos autores, entre ellos, CAMACHO, EMBID IRUJO, OLIVENCIA RUIZ, DONATI, consideran la posibilidad teórica de que este seguro pueda ser contratado en su interés por el propio acreedor para cubrir el posible incumplimiento del deudor, coincidiendo en este caso, tomador y asegurado; pasando a considerarse un seguro de cuenta propia y como indica, CAMACHO DE LOS RÍOS, en el que el asegurador no tendrá la acción de reembolso frente al asegurado, aunque sí la acción subrogatoria de la LCS. Pese a dicha posibilidad teórica, a nuestro juicio, en la práctica carece de sentido (o incluso, no estaríamos ante un seguro de caución propiamente dicho) puesto que realmente la caución, la estaría prestando el acreedor de la obligación, que es el que debería exigirla del deudor.

⁴⁶⁷ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución. Estudio...”, op. cit., pág. 52.

LOE. Por ello, intentaremos posicionarnos al respecto de una forma breve, si ello es posible, puesto que, toda la doctrina, prácticamente de forma unánime, reconoce la complejidad en la determinación del negocio subyacente en el seguro de caución, al encontrarnos en esta figura, elementos tanto de carácter asegurativo (indemnizatorio), como de carácter *fideiusorio* (de garantía).

El propio GARRIGUES⁴⁶⁸ afirma que “...se trata de un seguro de características muy singulares porque se parece y al mismo tiempo se diferencia de la fianza”.

INFANTE RUIZ⁴⁶⁹ por su parte, afirma que “...han sido diversas las construcciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del seguro de caución, desde su consideración como simple fianza; como subtipo innominado de fianza; como figura incluida dentro de la categoría de avales en sentido amplio; o como contrato autónomo de garantía, especialmente cuando los mismos contienen cláusulas de pago a primer requerimiento...”.

También MARÍN LÓPEZ⁴⁷⁰ considera que “...del seguro de caución surgen para la aseguradora obligaciones *fideiusorias*, por lo que tal régimen habría que integrarlo con el contenido en el Código Civil con relación a la fianza”.

En base a lo establecido en el artículo 68 de la LCS, comprendemos la postura de aquellos que, como OLIVENCIA RUIZ⁴⁷¹, manifiestan que con el inciso en dicho artículo «a título de resarcimiento o penalidad», el legislador pretende subrayar el carácter *indemnizatorio* del seguro de caución y alejarlo de la naturaleza *fideiusoria*, puesto que el asegurador no se obliga a cumplir en caso de que no cumpla el tomador, sino a indemnizar por los daños derivados del incumplimiento.

También a nuestro juicio, es clara la “función caucional” del seguro de caución puesto que dicha función es la que origina la propia existencia del seguro, en la medida en que el fin perseguido con dicho seguro es que no sea necesario la constitución de una caución, entendida ésta como prenda o garantía real consistente en el depósito de dinero o títulos, y, desde esta óptica, hay que concluir que el seguro de caución “sustituye” a la caución propiamente dicha, en su función de garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

⁴⁶⁸ GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J. “Contrato de Seguro...”, op. cit., pág. 350.

⁴⁶⁹ INFANTE RUIZ, F. J., “Las garantías personales y su causa”, op. cit., continúa además afirmando que “...el seguro de caución responde a una clara función de garantía, aunque se le dé la forma e incluso se le impregne con la terminología típica del seguro...de ahí la calificación del seguro de caución como un “subtipo innominado de fianza”. En su opinión nos encontramos ante un seguro de fianza en el que se insertan cláusulas típicas del contrato de seguro; cláusulas que provienen de la presencia de una compañía de seguros como parte contratante del mismo, la cual, en virtud de las normas que regulan su actividad, debe desarrollar siempre y necesariamente la misma dentro de las actividades que le son propias. Véase también DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción...”, op. cit.

⁴⁷⁰ MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la Sentencia de 30 de diciembre...”, op. cit., pág. 745 y siguientes, justificándolo ante la insuficiente regulación del seguro de caución del artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro.

⁴⁷¹ OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, op. cit., pág. 884.

¿Cuál es entonces, su auténtica naturaleza?

El Tribunal Supremo, para diferenciar el seguro de caución de la fianza, ha recurrido a las distintas obligaciones asumidas, en una y otra figura, por las entidades garantes, por la aseguradora en el primero de ellos y por la fiadora, en el segundo.

Analicemos una sentencia⁴⁷² de dicho Tribunal, dictada en 1990, el 19 de mayo⁴⁷³, en la que sentenciaba:

“...la mayoría de la doctrina tanto civilista como mercantilista se pronuncian por su neta separación; mientras la fianza es un contrato por el cual el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento de éste, en el seguro de caución el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que aquel incumplimiento le hubiera producido”.

En base a ella podemos concluir por un lado, que la neta separación de ambas figuras no es tan clara puesto que en la fianza el fiador en numerosas ocasiones, no siempre cumple por el deudor (en los supuestos en que la obligación consiste en una obligación de hacer o no hacer⁴⁷⁴) sino que cumple una obligación propia con la que se consigue satisfacer igualmente el interés del acreedor, lo que también consigue el seguro de caución pues persigue el reforzamiento del interés del acreedor⁴⁷⁵ (entendiendo el seguro de caución como un seguro de daños que recae sobre un derecho determinado y cuya indemnización no es otra que el interés económico de dicho derecho de crédito del que es titular el acreedor). En ambos supuestos, el interés se traduce en una cantidad de dinero (resultado de prestar esa caución).

Por otro lado, en el caso que nos ocupa, el seguro de caución prestado al amparo de la Ley 57, y en la mayoría de los seguros de caución, la diferencia se diluye aún más por cuanto la función de indemnización de los daños patrimoniales en el seguro de caución, viene como asevera FONT RIBAS⁴⁷⁶ “...tasado de

⁴⁷² Analizada por CAMACHO DE LOS RÍOS en la obra citada y de la cuál extractamos las conclusiones vertidas.

⁴⁷³ STS, de 19 de mayo de 1990, [RJ\1990\3741].

⁴⁷⁴ Para algunos autores, cuando la obligación principal consiste en un *facere* el fiador no cumple la obligación principal sino que garantiza el contenido patrimonial de la caución debida, esto es, el cumplimiento de la obligación de prestar caución, que siempre consistirá en la entrega de una suma de dinero. DE ZULIANI, G., “Le Assicurazioni del credito e delle cauzioni”, Venecia, 1958, pág. 5 y siguientes y FONT GALÁN, “Natura e disciplina giuridica delle polizze fideussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni”, op. cit., pág. 232,

⁴⁷⁵ GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, op. cit., páginas 7 y siguientes.

⁴⁷⁶ FONT RIBAS, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983”, en CCJC, número 1&24, pág. 243.

antemano... y coincide, además, con el precio del incumplimiento”. Y por último, como VICENT CHULIÁ⁴⁷⁷ afirma dicha tasación se ha calculado en base a “...la suma debida por el tomador-deudor, más los intereses y gastos que se produzcan al asegurado, al igual que en la fianza”.

Como resume EMBID IRUJO⁴⁷⁸, “la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza, puesto que en aquél la empresa aseguradora no se obliga a resarcir los daños hipotéticamente producidos por el incumplimiento, sino, más bien a cumplir la obligación del tomador”, afirmación que si bien compartimos por cuanto la causa del seguro de caución se identifica con la de la fianza (o si se quiere, que la obligación asumida por el asegurador en tanto en cuanto nos encontramos ante un seguro de caución, es similar a la naturaleza de la fianza); matizamos por cuanto sí puede mantenerse la teoría de que sí se resarcen daños producidos por el incumplimiento, pero que dichos daños o el importe de la indemnización coincide con la obligación del tomador que es la caución exigida por el acreedor (en nuestro caso concreto, determinada por la ley).

En definitiva, analizar hasta qué punto existe una distinción entre ambas figuras o si la naturaleza del seguro de caución es asegurativa o *fideiusoria*, nos lleva a una delicada frontera, fácil de traspasar, si se entiende:

- a) Por un lado, que el seguro de caución pierde el carácter indemnizatorio típico del contrato de seguro ya que el contenido de la obligación de la entidad aseguradora es un cumplimiento sustitutivo, que no coincide con la obligación garantizada (ni cualitativa, ni cuantitativamente), y,
- b) Por otro, se considera que en las fianzas de las obligaciones de hacer, igualmente, el contenido de la obligación de la entidad fiadora, es un “cumplimiento por equivalente” o si se quiere de “indemnización de perjuicios”⁴⁷⁹.

En conclusión, el seguro de caución entendido como tal, es una figura reciente en nuestro ordenamiento jurídico. Por su encuadre y su poco desarrollo legislativo se nos revela como una figura jurídica diferenciada, admitida y abierta al juego de la autonomía de la voluntad. Una especie, a nuestro juicio, de seguro autónomo, al igual que se admite la existencia de fianzas autónomas; entendiéndose por tal, aquel que en cierta forma se separa de un encuadre encorsetado propio de todos los de su género, propio de los seguros en general, que revela peculiaridades en su función indemnizatoria del incumplimiento de la obligación principal y, en el caso concreto que nos ocupa, (el de los prestados en base a la, aún vigente, Ley 57), un seguro de caución en el que la voluntad que lo define, es la del legislador

⁴⁷⁷ VICENT CHULIA, F., “Compendio Crítico de Derecho Mercantil”, op. cit., pág. 569.

⁴⁷⁸ EMBID IRUJO, J. M., “El seguro de caución: régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, op. cit., pág. 1075.

⁴⁷⁹ Conceptos utilizados por CARRASCO PERERA, Á., “Comentario a la STS de 19 de mayo de 1990”, op. cit.

que marca⁴⁸⁰, el encuadre, alcance y condiciones que ha de reunir dicha garantía, para considerarse acorde a los fines perseguidos.

Antes de adentrarnos en la regulación del seguro de caución, en la disposición adicional primera de la LOE, veremos la posibilidad de que el seguro de caución se articule como una garantía de las denominadas independientes.

De hecho BERGAMÍN SERRANO⁴⁸¹, afirma que “La Ley de Contrato de Seguro de 1980 configura el de caución como una modalidad autónoma de garantía, en virtud de la cual el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado o beneficiario los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del tomador del seguro”.

4. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA INDEPENDIENTE

Evidentemente, es posible incluir en un contrato de seguro de caución las doctrinalmente comentadas cláusulas a primer requerimiento ya que las mismas no solo son perfectamente compatibles sino que sirven en mayor medida a la tan defendida “función caucional” de este tipo de seguros. Estas cláusulas, al permitir la satisfacción inmediata y completa del asegurado, satisfacen a este como si de una auténtica caución real se tratara, ya que las mismas, con carácter general, impiden al asegurador oponer excepciones en base de la relación garantizada.

Ello, indudablemente, con las consabidas precauciones de este tipo de cláusulas: por un lado, que no basta su inclusión para considerar *per sé* que el seguro de caución se convierta en una garantía independiente, sino que ha de interpretarse en el marco del contrato, por lo que ha de quedar patente la voluntad de las partes en el sentido de prestar la garantía a “primera demanda” y, en segundo lugar, que el carácter independiente y autónomo de la garantía no puede considerarse como una ausencia de causa, toda vez que está supeditada a ella; lo que permitirá frente a una reclamación abusiva del asegurado una *exceptio doli* a favor del garante.

Es interesante sin embargo, mencionar la distinción que realiza BERGAMÍN SERRANO⁴⁸² entre la consideración de la denominada póliza flotante de un seguro de caución como póliza de contra-garantía independiente; a

⁴⁸⁰ Tras la última modificación operada por el legislador del 2015, ahora sí puede decirse que el legislador marca más definidamente aunque aún no perfectamente, las peculiaridades de dicho seguro de caución.

⁴⁸¹ BERGAMÍN SERRANO, F. J., “El seguro de caución y el primer requerimiento”, en obra “Las Tendencias actuales de los contratos de garantía”, op. cit., pág. 78.

⁴⁸² BERGAMÍN SERRANO, F.J., “El seguro de caución y el primer requerimiento”, en obra “Las Tendencias actuales de los contratos de garantía”, op. cit., pág.82.

que lo pactado en dicha póliza flotante imprima el carácter de garantía “a primera demanda” al certificado o contrato individual de seguro de caución.

Parte, dicho autor, de la base de que las pólizas de seguro de caución usadas hoy en día recogen en su condicionado general, las condiciones recogidas en la Resolución de 17 de marzo de 1981⁴⁸³, cuando aún no se había producido la liberalización de la actividad⁴⁸⁴. Dichas condiciones disponían:

- a. «Se entenderá producido el siniestro cuando el asegurado requiera al asegurador el pago de la totalidad o parte del capital asegurado, a causa del incumplimiento por el tomador de sus obligaciones...» (Condición 11).
- b. «El asegurador queda autorizado para efectuar el pago en el plazo que fije el asegurado, sin necesidad de que el tomador muestre o no su conformidad y sin detenerse a considerar si el tomador habrá de hacer ulteriormente alguna objeción sobre el particular. No obstante, el asegurador se obliga a hacer al asegurado las reservas y objeciones que el tomador estime pertinentes, tan pronto como éste se las comunique» (condición 12).

Efectivamente dicho clausulado regula la relación entre tomador y asegurador y supone que el asegurador está facultado frente al tomador para hacer el pago al asegurado sin necesidad de buscar la conformidad de aquel. De tal suerte que dicha facultad y para el supuesto en que el asegurador pague al requerimiento del asegurado, garantice el éxito de la acción de repetición de asegurador frente al tomador, de las cantidades indemnizadas.

El que así se pacte en la póliza suscrita entre tomador y entidad aseguradora no implica y en modo alguno es lo pretendido por las partes, que la garantía de que goza el asegurado pueda entenderse como “a primer requerimiento”. Sin lugar a dudas, la garantía se establece sobre la base de que existe un incumplimiento (que es el riesgo) y que la producción del siniestro se entiende producido cuando el asegurado requiera de pago a la entidad aseguradora, pero no implica que si no se ha producido dicho incumplimiento (porque aún, verbigracia, no hubiera llegado la fecha para constatarlo), la entidad aseguradora proceda al pago “a simple requerimiento” del asegurado.

Concluye BERGAMÍN SERRANO⁴⁸⁵, por consiguiente, que el carácter autónomo de las garantías constituidas mediante contrato de seguro de caución no resulta de la interpretación del contenido de las condiciones contractuales pactadas por el tomador y asegurador en la Póliza de seguro, sino que el mismo”... debe ser valorado exclusivamente desde la “perspectiva propia”

⁴⁸³ Aprobada por la Dirección General de Seguros, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, y que incluía las “*Condiciones Generales para las Pólizas de seguro de caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministros*”.

⁴⁸⁴ Hasta 1995, se requería aprobación previa del contenido de las Pólizas por la Dirección General de Seguros.

⁴⁸⁵ BERGAMÍN SERRANO, F.J., “El seguro de caución y el primer requerimiento”, op. cit., pág.88.

de la cláusula “a primer requerimiento”, insertada en la propia garantía y siempre que “...las tres partes en la relación triangular que se establece, conocen y consienten su inclusión: El tomador solicita la emisión de una garantía independiente, el asegurador la presta y el asegurado la acepta”.

Compartimos dicha afirmación con matices, que intentaremos explicar en el siguiente apartado, puesto que si bien es claro que el clausulado que hemos analizado no supone la intención de configurar las garantías emitidas en base a dicha póliza como independientes, sino configurar como tal la contra-garantía que dicha póliza recoge; sin embargo, en la misma póliza deberá ir recogida, si esa es la voluntad de las partes, la intención de los contratantes de emitir aquellas “a primer requerimiento”, toda vez que la póliza flotante del contrato de seguro de caución recoge, a nuestro juicio, por un lado los pactos que regirán la relación entre tomador y entidad aseguradora (la denominada contra-garantía) y por otro, aquel clausulado en base al cual las partes acuerden configurar la propia garantía (que en el caso que nos ocupa, viene establecido legalmente y las partes poca autonomía tienen al respecto).

La función caucional del seguro de caución “...sólo puede ser cumplida –como indica EMBID IRUJO⁴⁸⁶– si se hace posible la satisfacción completa e inmediata del asegurado; a tal efecto, la inserción de la cláusula “a primera demanda” en el condicionado del seguro de caución y la imposibilidad de oponer excepciones por parte del asegurado sobre la base de la relación convierten a dicha figura en un instrumento de garantía de extraordinario valor para el asegurado”.

Una última advertencia, también en palabras de EMBID IRUJO⁴⁸⁷, al afirmar que la inclusión de la cláusula “a primer requerimiento “...no implica per sé que el seguro de caución se convierta en una modalidad concreta de garantía independiente; en su seno, la reclamación “a primera demanda” por parte del asegurado frente al asegurador ha de interpretarse en el marco del contrato en su conjunto...”.

⁴⁸⁶ EMBID IRUJO, J. M., “Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución”, *La Ley*, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1990, nº 2. Interesante el consolidación de esta figura por INFANTE RUIZ, F. J., en la obra “Seguro de caución y contrato autónomo de garantía. Las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo y de 5 de julio de 2000”, *CDC*, 34 (2001), páginas 310 a 314. Igualmente, véase, MARIMÓN DURÁ, R., “Consolidación de la jurisprudencia sobre el aval a primera demanda. Avaes prestados por sociedades de garantía recíproca y por entidades de seguros”, *RDM*, 238, 2000, páginas 1910 y siguientes. Interesante el análisis de la influencia de las garantías bancarias en el uso de las cláusulas a primera demanda en la figura del seguro de caución de BARRES BENLLOCH, M^a. P., “Régimen jurídico...”, op. cit., pág. 56.

⁴⁸⁷ EMBID IRUJO, J. M., “Problemas actuales del seguro de caución”, op. cit., páginas 7-35. También MARIMÓN DURÁ, R., “Insuficiencia de la cláusula de pago a primer requerimiento para configurar una garantía independiente”, *RDM*, 234, 1999, páginas 1787 y siguientes; MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento (STS 17.2.2000)”, *RDM*, 240, 2001, páginas 673 y siguientes e INFANTE RUIZ, F. J., “Seguro de caución y contrato autónomo de garantía...”, op. cit., pág. 313 y 314, entre otros.

II. PÓLIZAS FLOTANTES Y CERTIFICADOS INDIVIDUALES DE LOS SEGUROS DE CAUCIÓN

Antes de entrar a exponer más detenidamente nuestra opinión al respecto, hemos de hacer una breve descripción de las dos posturas que la doctrina ha mantenido en base a la consideración que ha de tener el “documento de aval⁴⁸⁸”:

1.- Por un lado, aquellos que entienden el aval como elemento complementario del seguro de caución.

Entendiendo que el certificado individual es un instrumento que forma parte de la póliza del seguro de caución. O, en resumidas cuentas, que la finalidad de aquel, no es sino reforzar la posición del asegurado facilitándole el ejercicio de la reclamación frente a la entidad aseguradora, pues cumple una función, en palabras de CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁸⁹, “...puramente instrumental, como medio de articular la garantía que presta el asegurador...”.

2.- Por otro, los que lo consideran un elemento autónomo del seguro de caución.

Los que defienden dicho planteamiento, defienden a su vez que dicho aval constituye en sí un verdadero contrato de fianza, que recoge la obligación *fideiussoria* de la entidad aseguradora.

Siendo una opinión bastante generalizada, sin embargo, la desvinculación de la póliza que dichos autores propugnan del aval hace cuestionarse el sentido del propio contrato de seguro de caución y el fin último de su existencia con respecto a la garantía prestada.

Para poder centrar el tema, que lo abordaremos desde la modalidad de contrato de seguro de caución que nos ocupa, el prestado para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, hemos de concentrarnos en el momento en que la entidad aseguradora los expide y con qué fin, así como si es relevante que dichos documentos se expidan o si, en puridad, deberíamos entender el contrato de seguro de caución “completo”, aun cuando los mismos (los certificados individuales) no se hayan expedido.

⁴⁸⁸ Distintas son las denominaciones dadas al “certificado individual de seguro”; desde “póliza individual”, “aval”, “documento de aval”, “documento de fianza”, etc. En realidad la terminología es confusa, incluso a la hora de redactar las pólizas, pues en la práctica se mezclan los términos propios de la fianza junto con los propios del seguro y así se hablará indistintamente del “seguro de afianzamiento”, del “contrato garantizado”, del “seguro-aval”, “aval entregado al asegurado”, etc.

⁴⁸⁹ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Seguro de caución y fianza solidaria”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1994, nº 3619, páginas 1060 a 1065.

Con carácter previo, debemos recordar que una de las distinciones que suelen indicarse del seguro de caución con respecto al seguro de crédito es la forma de contratación, pues en el seguro de crédito son usuales las denominadas pólizas globales o flotantes en la medida en que se pretende cubrir todo el volumen de negocios del tomador-asegurado; mientras que en el seguro de caución, en cuanto cubren operaciones concretas, suelen emplearse pólizas individuales (póliza individual donde se recoge todo el contenido de la operación garantizada, incluida la denominación del asegurado, distinto del tomador)⁴⁹⁰.

Sin embargo, en la medida en que el tomador tiene previsto la emisión de varias “pólizas individuales”, referidas a una misma operación (la de anticipar cantidades de los adquirentes de una misma promoción), acuerda con una entidad aseguradora la prestación de dicha caución, que le viene impuesta por Ley, a cada asegurado, según vaya formalizando el correspondiente contrato de compraventa, recurriendo a la contratación de una póliza flotante que, por un lado, servirá como contra-garantía de la entidad aseguradora pues es donde se fijará el clausulado y las condiciones en base a las cuales, la entidad aseguradora se comprometerá a prestar la caución solicitada por el promotor; y por otro, la propia garantía, esto es, el contrato de seguro de caución que, en el caso que nos ocupa, poco o ningún margen da (al menos desde la modificación operada por el legislador del 2015) a la voluntad de las partes⁴⁹¹.

CAMACHO DE LOS RÍOS⁴⁹², explica que “...no va a ser necesario que se realice un seguro de caución para cada adquirente, sino que esta “pluralidad de intereses o personas aseguradas” va a estar cubierta por una misma póliza mediante lo que la práctica conoce como “contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas”. Este “contrato colectivo” permite que cada asegurado esté legitimado por medio de un “certificado individual de seguro”...”.

Y SÁNCHEZ CUARTERO⁴⁹³ aclara que “...el tomador se obliga frente a la aseguradora en los términos establecidos en la Póliza de Seguro que suscribe, mientras que la aseguradora se obliga ante el beneficiario-asegurado en

⁴⁹⁰ Véase GONZALEZ POVEDA, P., “Los seguros de crédito y caución”, op. cit.; BATELLER GRAU, J., “El seguro de caución en España”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1997, nº 224, páginas 875-886 y MORILLAS JARILLO, M^a J., “Seguro de Crédito. Riesgos cubiertos”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1990, nº 24, páginas 1005-1016.

⁴⁹¹ En cierto modo, al igual que las pólizas de líneas de avales suscritas con las entidades financieras, donde por un lado la póliza sirve de contra-garantía y por otro, recoge el compromiso de la entidad financiera de abrir esa línea de avales y emitirlos según petición del avalado-promotor.

⁴⁹² CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución. Estudio crítico”, op. cit., pág. 32. CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., en “Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, pág. 509, hablaba de la “existencia de una pluralidad de contratos de seguro” y que sirven para legitimar a los diferentes asegurados – sobre todo en aquellos casos en los que no coinciden con el tomador del seguro. Véase HOYOS ELIZALDE, C., “El seguro de caución”, op. cit.

⁴⁹³ SÁNCHEZ CUARTERO, E., “El seguro de caución y las garantías a primer requerimiento”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, pág. 308, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, *Atelier Mercantil*, 2005. Véase también, HOYOS ELIZALDE, C. “El seguro de caución: una aproximación práctica”, *Estudios del Instituto de Ciencias del Seguros*, Fundación MAPFRE, 2008 y EMBID IRUJO, J. M., “El seguro de caución como garantía”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*. Editorial Civitas, SA, 1990.

los términos del documento que emite unilateralmente (certificado de seguro de caución)”.

Dicha póliza, en el momento de su contratación y por la secuencia temporal impuesta por la Ley 57, carecerá de un elemento básico a nuestro juicio, cual es la identificación del asegurado (no debe olvidarse que estamos ante un seguro por cuenta ajena y el promotor no es el asegurado sino el tomador del seguro). Evidentemente, habrá una referencia genérica a “los adquirentes de las viviendas de una concreta promoción” pero sin que hasta entonces pueda entenderse que el seguro supone un riesgo para la entidad aseguradora puesto que, para ella, aún no “existe” ese asegurado-adquirente, ni por consiguiente, destinatario-beneficiario de la indemnización pactada. Hasta entonces, al menos en la práctica, la entidad aseguradora, al no entender que tiene ningún riesgo, la prima que ha solicitado al promotor o es mínima o, en ocasiones, no existe.

Cuando el promotor firma el contrato de compraventa con el adquirente pueden suceder varias cosas:

Primero.- Que, según le obliga el legislador, haga entrega del documento “...que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio⁴⁹⁴”, para lo que ha debido facilitar el nombre a la entidad aseguradora y que esta emita el certificado individualizado o aval.

Segundo.- Que no facilite a la entidad aseguradora el nombre del asegurado, con carácter previo a la firma del contrato, y que lo haga en un momento posterior (en la práctica suele ocurrir que la Entidad aseguradora solicita la presentación del contrato de compraventa para emitir el certificado individual, obligando así al promotor a incumplir con lo legalmente establecido, pues el promotor, debe entregarlo en el momento de la firma del contrato de compraventa).

Tercero.- Que el promotor no comunique la firma del contrato de compraventa a la entidad aseguradora. En estos casos, por lo que a continuación explicaremos, entendemos que si el adquirente acredita su condición a la entidad aseguradora, ésta, deberá emitir el certificado individual y reclamar al promotor-tomador, el pago de la prima correspondiente (de ahí que el legislador como veremos en el siguiente apartado, indique que no podrá oponer la falta del pago de la prima al adquirente).

A nuestro juicio, lo determinante es que la entidad aseguradora conozca, por cualquier vía, la existencia del asegurado, esto es, que pueda identificarlo más allá de un concepto general de “adquirentes de una promoción concreta”. En ese momento, a nuestro juicio, el contrato de seguro de caución, por cuenta ajena, cierra el círculo y está completo, existiendo a partir de ahí el riesgo para la aseguradora que deberá indemnizar al asegurado en caso de incumplimiento del promotor-tomador.

⁴⁹⁴ Apartado Tres de la disposición adicional primera, *in fine* de la LOE en la redacción dada por el legislador del 2015 y en el artículo segundo, *in fine* de la Ley 57/1968.

Pero en ningún momento antes, por lo que si la aseguradora no tuviera conocimiento de que existen los asegurados, no podría en ningún caso, condenársele al pago de la indemnización⁴⁹⁵.

¿Qué sentido o alcance tiene entonces el aval o certificado individual?

Según nuestra modesta opinión, ni es simplemente complementario del contrato de seguro ni tampoco goza de una autonomía como la que defienden algunos autores.

Es cierto que nuestra postura es más cercana a la de considerar que no puede negarse la existencia del seguro de caución simplemente porque no se ha emitido dicho documento independiente, puesto que si no se hubiera emitido, sí podría realizarse la reclamación a la entidad aseguradora que tuviera identificado al asegurado en la póliza flotante; pero no coincidimos en utilizar el término “complementario” puesto que no es baladí su emisión y ello por cuanto:

1º.- Al ser el seguro de caución, un seguro por cuenta ajena, el asegurado, que no ha intervenido en la negociación del contrato de seguro ni ha de conocer el contenido íntegro del mismo, necesita de un documento que recoja fielmente el alcance, límites y contenido de la garantía que se le presta, puesto que entendemos que el comprador-asegurado, podría rechazar un certificado que se expidiera con alguna característica distinta de las exigidas por la ley (verbigracia, un plazo de vigencia de la garantía inferior al establecido por el legislador), con las consecuencias que ello conllevaría, entre otras, la posibilidad que le concede el Tribunal Supremo de “resolver” el contrato de compraventa porque no se hayan emitido las garantías y, por extensión y lógica entendemos, porque las mismas no se hayan ajustado a la Ley⁴⁹⁶.

2º.- Aunque se ha suprimido por el legislador del 2015, dicho documento gozaba de fuerza ejecutiva, el cual, unido “...al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda...”, abría la puerta del procedimiento ejecutivo a aquel comprador que tras la reclamación a la entidad aseguradora de la devolución de las cantidades anticipadas por el incumplimiento del promotor de la iniciación de las obras o entrega de la vivienda en plazo, no viera satisfecho la misma.

⁴⁹⁵ Salvo la excepción de la supervisión de los ingresos en la cuenta especial, que para mantener el hilo conductor, obviamos recordarlo en este punto.

⁴⁹⁶ En el capítulo siguiente exponemos la doctrina jurisprudencial establecida recientemente, que consiste en la consideración de que la obligación de expedir las garantías a las que el legislador obliga al promotor, es de tal entidad y reviste un carácter de esencial cuyo incumplimiento faculta al adquirente-comprador privado de ellas, no solo a dejar de cumplir con su obligación correlativa, entendiendo por tal, la de seguir abonando cantidades anticipadas, sino la facultad de resolver el contrato de compraventa por carecer de las mismas. No compartimos dicha calificación de las garantías, con fuerza para resolver el contrato de compraventa.

Pese a que el legislador hablaba de contrato de seguro⁴⁹⁷, entendemos que ha de referirse al certificado individual puesto que carece de sentido que el adquirente tuviera el contrato de seguro original suscrito entre promotor y aseguradora⁴⁹⁸.

3º.- Por último, porque como dice el legislador es el documento que “acredita” la garantía⁴⁹⁹, exigiendo al promotor, que lo entregue, como ya hemos indicado, al adquirente, en el momento de la firma del contrato de compraventa.

Desde nuestro punto de vista, por consiguiente, si bien en una primera aproximación pudiera entenderse que la garantía prestada mediante seguro de caución o mediante aval solidario guardan cierta identidad en cuanto a la forma en que se constituyen las garantías, puesto que ambas utilizan una póliza global o de las denominadas flotantes, sin embargo, dicha aparente similitud no es cierta. Mientras que la línea de avales en sí misma no supone la constitución de ninguna garantía y es fundamental por consiguiente, la emisión del “documento de aval” para que dicha garantía se entienda emitida (el propio “documento de aval”, “carta de aval” o, simplemente “aval”); en el supuesto del contrato de seguro de caución, si la póliza flotante se entendiera “completa”, con el alcance del que hemos dotado a dicho término anteriormente, no sería determinante para la existencia de la garantía otorgada mediante seguro de caución, la emisión de dicho “documento de aval” o “certificado individual” o dicho de otra forma, dicho documento, si bien relevante, no puede considerarse como “...una categoría jurídica independiente...” o que la emisión de dicho documento sea “...la vía por la que se constituye la garantía, ni que sea ésta distinta a la otorgada por el propio seguro...”⁵⁰⁰. A nuestro juicio, la creencia de que el “documento de aval” es la propia garantía, en el supuesto de la prestada mediante seguro de caución, se debe a que en el momento en que se conoce e identifica al asegurado, es el momento en que, simultáneamente, suele emitirse el aval, ocasionando dicha simultaneidad la confusión.

Por último, el documento de aval, deberá recoger el mismo contenido que la póliza flotante en relación con aquellas condiciones que le son de interés al asegurado, tales como plazos, importes, etc.

Cabría entonces plantearse qué ocurriría en el supuesto en que existiera contradicción entre lo pactado en la póliza flotante y lo recogido en el “documento de aval”. Evidentemente, prevalecerá, como no puede ser de otra forma, el

⁴⁹⁷ “El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente...”, artículo tercero, párrafo segundo de la Ley 57/1968.

⁴⁹⁸ Aunque sí que es cierto que en no pocas ocasiones el promotor ha facilitado una fotocopia del mismo al adquirente como justificación de toda garantía contratada a su favor, sin que en el mismo aparezca reflejado su nombre ni referencia alguna a sus concretas cantidades anticipadas.

⁴⁹⁹ Ello, aparte de incluir en el contrato, como veremos, la referencia al contrato de seguro o aval bancario.

⁵⁰⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El Seguro de caución. Estudio...”, op. cit., pág. 44 y 45.

contenido en el “documento de aval” puesto que es el que aceptó el adquirente (motivo que refuerza aún más la importancia del mismo).

De hecho BERGAMÍN SERRANO⁵⁰¹, insiste en que si no es preciso para determinar el alcance y los efectos de un aval bancario, que tenga que interpretarse el contenido de la línea de avales o la contra-garantía suscrita entre entidad crediticia y cliente, entonces, “¿Por qué nuestros Tribunales, la Doctrina e incluso las propias entidades aseguradoras se han venido empeñando durante largos años en determinar el alcance o los efectos de las cauciones o garantías individuales acudiendo a la interpretación de las Pólizas de seguro suscritas por tomador y asegurador o sin la intervención del beneficiario?”.

Lo que ocurre en la garantía que nos ocupa, es que el contenido deberá coincidir con el legalmente establecido. Ello permitiría, por un lado, la emisión de un documento muy simple en el que se reflejara que el mismo sirve de garantía a la finalidad establecida por la Ley (y simplemente identificar al asegurado y las cantidades anticipadas y la fecha en que se realizaron las mismas), y por otro, rechazar, por el adquirente, uno que no se adecuara a lo legalmente establecido, independientemente de lo pactado en el contrato de seguro (póliza flotante), cuyo contenido, en cualquier caso, no tiene por qué conocer el adquirente.

⁵⁰¹ BERGAMÍN SERRANO, F.J., “El seguro de caución y el primer requerimiento”, op. cit., pág. 81.

III. EL SEGURO DE CAUCIÓN EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

La función caucional que es inherente al propio seguro de caución, permite ofrecer la garantía idónea para la finalidad pretendida en la Ley 57/1968, en breve derogada.

El contrato de seguro de caución, de hecho, tiene un campo de actuación muy extenso, atendiendo a su finalidad; entendiendo por tal, la de servir a todas las relaciones jurídicas que buscan un reforzamiento de su contenido obligacional.

Por ello TIRADO SUÁREZ⁵⁰² manifiesta que “...no existe un *numerus clausus* en el elenco de esta figura... y tampoco existe una obra que recoja, de forma exhaustiva, todas las prácticas del seguro de caución...”.

La clasificación más habitual que de ellos realiza la doctrina y que es la recogida en el propio artículo 68 de la LS, es atendiendo a la obligación garantizada con el mismo y en concreto, a su origen, y así distinguiendo entre contratos de seguro de caución de origen legal o de origen contractual.

En el caso que nos ocupa, es el legislador el que obliga a su constitución al promotor de viviendas en construcción que pretenda recibir cantidades anticipadas de los adquirentes.

El legislador de la Ley 57/1968 no entró a regular qué requisitos debía reunir la garantía prestada mediante seguro de caución, puesto que la Orden de 29 de noviembre del mismo año, sobre el Seguro de Afianzamiento⁵⁰³ de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, ya establecía los mismos, toda vez que la actividad aseguradora estaba sujeta al control de la Administración Pública y a una regulación administrativa⁵⁰⁴, que les obligaba a disponer de documentación autorizada, mediante la aprobación previa de los modelos de contrato de seguro colectivo y de la póliza individual de seguro.

⁵⁰² TIRADO SUÁREZ, F. J., “El seguro de caución. Pignoración de pólizas...”, op. cit., pág. 824. Igualmente CAMACHO DE LOS RÍOS, afirma en la obra “El seguro de caución. Estudio...”, op. cit., pág. 25 que “...no existe un número determinado de prácticas del seguro de caución. Baste para ello pensar en la variedad de obligaciones que nacen de las relaciones contractuales, siendo posible aplicar a todas ellas este seguro...”.

⁵⁰³ Una prueba más de lo mencionado en la nota 37. La consecuencia de que en la práctica habitual, las entidades aseguradoras utilicen mezclando términos propios de la fianza y propios del seguro, es que el propio legislador ya utiliza dicha mezcla al regular el mismo.

⁵⁰⁴ Fue la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro del Seguro Privado, la que en su artículo 23.4, sustituyó el requisito de la aprobación administrativa *a priori* de las pólizas de seguro de caución, por un control *a posteriori* ante el Órgano de Control, que era el competente para suspender o prohibir la utilización de las pólizas (art. 23.5)

La regulación expresa que sobre el seguro de caución introduce el legislador del 2015, como veremos, conserva algunas de las condiciones que la Orden de 29 de noviembre de 1968 establecía (aunque suprime e introduce otras) y que, seguidamente, pasaremos a considerar de forma separada.

1. LOS REQUISITOS DE LAS PÓLIZAS INDIVIDUALES

Los dos primeros requisitos que se recogen en las letras a) y b) del punto 1, del apartado Dos, de la disposición adicional primera de la LOE, bajo el título genérico de “Requisitos de las garantías”, hacen referencia a la obligación de suscribirse la “póliza de seguro individual”, para que dicho contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Además, exige, que dichas pólizas individuales, se suscriban, “...por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipadas las cantidades o los efectos comerciales”

Ambos requisitos son, a nuestro juicio, fundamentales, al hilo de lo que hemos comentado anteriormente, en tanto en cuanto, hasta que la entidad aseguradora no identifique el riesgo de una forma concreta⁵⁰⁵, ni al asegurado-beneficiario, (en cuyo momento emitirá la “póliza individual” o “documento de aval”, según se prefiera), sujeto al que deberá indemnizar en caso de incumplimiento, no entenderá que tiene un riesgo en circulación, además del hecho de que no se entenderá como eficaz a los efectos pretendidos, por expresa indicación del legislador.

MALDONADO MOLINA⁵⁰⁶, al respecto, pone de manifiesto que “...el hecho de que el inicio de la cobertura para cada asegurado se supedite a la previa actuación del tomador, unido al mencionado sistema de doble póliza, ha propiciado que algunos promotores hayan aparentado disponer de todas las garantías exigidas legalmente con tan sólo mostrar la póliza colectiva o contrato de seguro colectivo, pero sin luego realizar los trámites necesarios para que las entidades aseguradoras emitan los correspondientes certificados o pólizas individuales, como “títulos de la garantía” a favor los compradores que anticipan cantidades, utilizando la expresión que emplea la Orden de 29 de noviembre 1968. Y ello a pesar de que lo habitual es que en los propios contratos de seguro colectivo se advierta de manera destacada que éstos carecen de validez ante los compradores de viviendas hasta que no sean emitidas las correspondientes pólizas individuales”.

⁵⁰⁵ No es indiferente, como ya comentaremos en el capítulo siguiente, el inmueble concreto que se vaya a adquirir, puesto que en ocasiones el promotor puede incumplir con la entrega de una vivienda en plazo pero no con otro inmueble de la misma promoción: bien porque las fechas de entrega de cada contrato de compraventa sean diferentes, bien porque simplemente, la construcción de unas viviendas concretas, se retrase con respecto a otras de la misma promoción.

⁵⁰⁶ MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, op. cit., pág. 9 a 24.

El apartado b), sigue aun refiriéndose a dicha “póliza individual” y así:

“La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”.

Indudablemente dichos apartados van referidos a la póliza individual, por cuanto, si bien una condición idéntica deberá reflejarse en la póliza flotante, como pacto entre promotor-tomador y aseguradora, al concretar el contenido de dichas pólizas individuales; sin embargo, la póliza flotante, deberá contener la cuantía total de todos los contratos de compraventa que se firmen de dicha concreta promoción, incrementada, evidentemente con las cantidades que indica la Ley, y en este apartado b) se refiere al concreto contrato de compraventa, que firmará el adquirente concreto y en el que se identifique el concreto inmueble, que pretende adquirir.

Como ya hemos comentado, entendemos que al referirse al devengo de los intereses fijando como “*dies ad quem*”, “...la fecha prevista de la entrega de la vivienda...”, lo hace como el plazo mayor que ha de ser previsto para el devengo de los mismos, olvidando que también ha de incluirse la posibilidad de que el “*dies ad quem*” sea el plazo de no inicio de las obras, en el supuesto de que el adquirente, decida resolver el contrato de compraventa por incumplimiento del promotor en el plazo estipulado, en el contrato de compraventa, para ello.

Sugerencia.

“La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas... incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista *para el inicio de las obras o de la entrega de la vivienda por el promotor, según el motivo por el que el adquirente opta por la resolución*”.

2. OBLIGACIONES DEL TOMADOR-PROMOTOR

Con respecto a lo recogido en el apartado c): *Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima* por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente.

Comentaremos, en apartado diferenciado, la regulación que sobre los plazos de vigencia y caducidad establece el legislador, en cuyo momento analizaremos qué alcance tiene la afirmación que el legislador realiza en esta letra c), sobre que la prima ha de ser abonada hasta “...la elevación a escritura pública del contrato de compraventa...”.

Con respecto al obligado al pago de la prima, vuelve el legislador a insistir que la falta de pago de la misma por el promotor no es excepción oponible al asegurado, como tampoco lo son el resto de excepciones que dicha entidad aseguradora pueda oponerle al tomador-promotor (letra e))⁵⁰⁷.

Esta excepcionalidad que se establece en relación a la no oposición por parte de la entidad aseguradora al asegurado de la falta de pago de la prima por el promotor⁵⁰⁸, es lógica desde la óptica de las especiales características de la obligación asumida por el asegurador. Efectivamente, encontrándonos frente a un seguro por cuenta ajena, en ningún caso, el éxito de la reclamación del sujeto activo de la relación, el asegurado, frente al sujeto pasivo, la entidad aseguradora, no puede depender del comportamiento de un tercero (por más que éste sea el propio tomador del seguro).

Pero también ello, es lógico desde la óptica de la finalidad perseguida por la propia norma objeto de estudio y ello por cuanto si el asegurado pudiera verse afectado por la falta de pago de la prima, resultaría que tanto el cumplimiento de la obligación principal como de la ejecución de la garantía, se dejaría en manos del obligado por la Ley y al arbitrio de su conducta. Además, ello cuestionaría la viabilidad de esta garantía, en tanto en cuanto revelaría la ineficacia del seguro de caución a los fines pretendidos, a saber, servir o cumplir con su función caucional y, en definitiva, colocaría al adquirente en una posición de desventaja mayor frente al promotor incumplidor⁵⁰⁹.

Esta peculiaridad ha sido el argumento utilizado por muchos autores para insistir en la idea de que el seguro de caución es un verdadero contrato de fianza, puesto que no puede oponerse la falta de pago de la prima para que el garante se libere de su obligación. Sin embargo, acertadamente, en consideración a lo regulado en la Ley de Contrato de Seguro, CAMACHO DE LOS RÍOS⁵¹⁰,

⁵⁰⁷ Al igual que en el apartado 4º de la Orden de 29 de noviembre de 1968 que recogía dentro del condicionado mínimo y para todas las entidades financieras, lo siguiente:

... e) El pago de la prima correspondiente, ... se realizará por el contratante... Las pólizas individuales serán liberadas sin pago alguno por parte de los asegurados.

... g) Frente al asegurado tenedor de póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro.

⁵⁰⁸ La regla general establecida en el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, es al contrario, la posibilidad de oponer la excepción del pago de la prima y, en este sentido, regula expresamente en su primer párrafo, *in fine*: "...Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación".

⁵⁰⁹ Dos obras interesantes pueden ser objeto de análisis, por un lado, la de BENAVENTE SEGORB, R., "El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE", en *Cuestiones Actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS, (Coord.), op. cit., y la de GARCÍA VICENTE, J. R., "Seguros de caución o avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor", en *Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal*, op. cit.

⁵¹⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "El seguro de caución como contrato de seguro", en *El seguro de caución. Estudio crítico*, op. cit., 1994, pág. 107. Sobre el pacto del mantenimiento del seguro pese a la falta de pago de la prima, puede verse, TIRADO SUÁREZ, F. J., "Seguro de caución. Pignoración de...", op. cit., pág. 435; EMBID IRUJO, J. M., "El seguro de caución: régimen jurídico convencional...", op. cit., pág. 1068 y en contra de tal pacto, MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, "La protección del asegurador en la Ley del Contrato del Seguro", en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros*, op. cit., páginas 469 y siguientes.

afirma que el propio artículo 15 del referido cuerpo legal, "...deja clara la posibilidad de que se pacte el mantenimiento de la cobertura incluso en el caso de impago de la prima", por lo que, evidentemente, es una posibilidad permitida a la autonomía de la voluntad.

Esta inoponibilidad de falta de pago de la prima o de cualquier excepción que pueda corresponderle a la aseguradora frente al tomador, ha de entenderse en su justa medida y diferenciando claramente dos situaciones:

Aquella en que es posible que la prima no haya sido abonada por el promotor ni reclamada por la entidad aseguradora a este porque la entidad desconoce la existencia del asegurado: bien por falta de comunicación del asegurado, como porque las cantidades anticipadas no se ingresaron en la cuenta especial (en cuyo caso daría igual la comunicación o no, en este sentido, del promotor a la aseguradora).

Aquella otra en que vigente la póliza flotante y habiéndose emitido ya el certificado individual por la entidad aseguradora, el promotor no abone la prima, por cualquier causa, o bien, que habiéndose ingresado las cantidades anticipadas en la cuenta especial, la aseguradora deba cubrir dicho riesgo, aunque no haya podido proceder al cobro de la prima correspondiente (que, en todo caso, siempre corresponde al promotor).

En el primer supuesto, nunca podría la entidad aseguradora ser considerada responsable u obligada a atender el pago de la indemnización al adquirente, mientras que en la segunda sí. Y ello, puesto que una cuestión distinta es que el riesgo no pueda considerarse nacido, a que la entidad aseguradora, no pueda oponer la falta de pago de la prima por el promotor cuando ha emitido el certificado individual, o bien tenía obligación de conocer (por la facultad de controlar los movimientos de la cuenta especial) de que existía un riesgo que debía cubrir y por el que no exigió el pago de la prima correspondiente, al promotor⁵¹¹.

En cuanto al primer párrafo del apartado e) que estamos analizando, relativo a la imposibilidad del asegurador de oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro, es algo claro para la jurisprudencia (pese a que las entidades aseguradoras, han insistido en oponer una que más adelante analizaremos, cual es, el no ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial), que la póliza de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la vivienda, es eficaz con independencia de que el tomador hubiera actuado: "...de modo irregular o anómalo con relación a la entidad aseguradora...no cumpliendo con las obligaciones que aquélla tuviere con respecto a éstas emanantes del referido seguro"⁵¹².

Algunas más recientes, continúan dicha línea y así encontramos:

⁵¹¹ Entra en estas cuestiones LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., en "El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril de 2011.

⁵¹² STS de 22 de octubre de 1985, [RJ\1985\4961].

- La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1997⁵¹³, que establecía:

“...lo que impide, que quiera agravarse la obligación que incumbía a los asegurados con cargas adicionales sobre deberes propios del tomador del seguro...”.

- O, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015⁵¹⁴, que fijaba como criterio del Pleno de la Sala:

“...por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor...de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro”.

3. CONDICIONES TRASPUESTAS DEL CONTENIDO DE LA ORDEN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1968

Derivada de las peculiaridades propias del seguro de caución, como seguro por cuenta ajena y recogiendo lo ya establecido en la Orden de referencia, se establece por el legislador, a quién ha de corresponderle la condición del asegurado.

También traspone la facultad de la entidad aseguradora para realizar comprobaciones de los datos del promotor durante la vigencia del seguro. Lo relevante en este caso, es la supresión de la posibilidad de examinar los movimientos de la cuenta especial mientras que, en la regulación de la Orden, se establecía con cierto énfasis al mencionar dicha facultad *ex profeso*, ya que de igual manera se introducía en el apartado 4º, f). 1, como condición para que el juego de la garantía del asegurador se produjera, el hecho de: “Que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado 2º del artículo 1 de la Ley de 27 de julio de 1968”.

Dicha supresión relativiza, a nuestro juicio, la importancia del control de la cuenta especial, no ya solo en lo relativo al destino de las cantidades y separación de otros fondos del promotor, que evidentemente se establece como medida a favor del adquirente, sino por la importancia de que al ingresar allí y no en otra cuenta la entidad aseguradora pueda controlar el efectivo ingreso y emitir el correspondiente “certificado individual” aunque el promotor no le realice la oportuna comunicación.

Al respecto el Tribunal Supremo⁵¹⁵, reiteradamente, ha establecido que la falta de ingreso de las cantidades en la cuenta especial en ningún caso puede

⁵¹³ STS de 22 de septiembre de 1997, número 798/2015, [RJ\1997\6410].

⁵¹⁴ STS de 13 de enero de 2015, número 779/2014, [RJ\2015\352].

perjudicar al adquirente, puesto que es, en todo caso, una obligación impuesta al promotor-vendedor, dictando criterio jurisprudencial en los términos siguientes:

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

Nos vemos obligados a detenernos en este punto para realizar una breve aclaración sobre dicho criterio. La sentencia extractada, enjuiciaba un supuesto en que la entidad aseguradora, había emitido los certificados individuales a favor de los adquirentes actores de la demanda. Las entidades aseguradoras, suelen confundir la exigencia del ingreso en la cuenta especial de las cantidades anticipadas:

1.- Si se ha emitido certificado individual de seguro de caución a favor del adquirente de una vivienda de una concreta promoción, es indiferente, dónde se hayan ingresado las cantidades (por mucho que la Ley exige que se realicen en la cuenta especial).

2.- Si no se ha emitido certificado individual a favor de los adquirentes y tan solo nos encontramos con una póliza flotante del contrato de seguro, para que las cantidades que anticipó el adquirente estén cubiertas con tan solo dicha póliza flotante, ha de exigirse que las cantidades anticipadas hayan sido ingresadas (al margen de por quién, promotor o adquirente) en la cuenta especial. En caso contrario, la entidad aseguradora que no emitió certificado individual, sí podrá oponer la falta de ingreso de las cantidades en la cuenta especial, para negarse al pago de la indemnización. Puesto que si bien, la falta de ingreso por el promotor, no puede perjudicar al adquirente, tampoco podría perjudicar a la entidad aseguradora garante.

4. DURACIÓN DE LA GARANTÍA, PRÓRROGA Y PRESCRIPCIÓN

Con respecto a la *duración* de la garantía, entendiendo por tal el plazo durante el cual ha de producirse el incumplimiento de la obligación garantizada mediante el seguro de caución, la letra c) del apartado 4 de la comentada Orden de 29 de noviembre de 1968, establecía como condición mínima al respecto:

⁵¹⁵ STS de 13 de enero de 2015, número 779/2014, [RJ2015\352].

“La duración del contrato de seguro colectivo será la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas,...”.

Evidentemente establecía dicha duración mínima puesto que no sería posible una duración menor a la del plazo fijado para el cumplimiento de la obligación del promotor previsto en el contrato de compraventa firmado con el adquirente. Teniendo en cuenta que el plazo de garantía ha de cubrir los incumplimientos que se produzcan dentro de dicho plazo, no es aceptable un seguro de caución que venza antes de que pueda haberse producido el riesgo cubierto, a saber, el incumplimiento del tomador.

La mencionada Orden establecía que esa era la duración mínima del contrato colectivo de seguro y también que la póliza individual debería reproducir las estipulaciones del contrato colectivo, por lo que, inevitablemente, la póliza individual debería recoger dicha duración mínima, al igual que lo debía recoger la propia póliza flotante⁵¹⁶.

Dicho apartado continuaba:

“c):...entrando en vigor desde la fecha de apertura de la cuenta especial y concluyendo en el momento en que lo pactado llegue a buen fin según sus propios términos y de acuerdo con el texto de la Ley 57/1968”.

A nuestro juicio, es de dicho párrafo de donde se deriva la confusión sobre la duración de la vigencia del contrato de seguro y su entrada en vigor y el plazo para reclamar por parte del asegurado y la posible cancelación del mismo.

La exigencia de su *entrada en vigor* desde la fecha de apertura de la cuenta especial derivó en la práctica aseguradora, en que para la formalización de los contratos de seguros, las entidades aseguradoras, exigieran, como hemos comentado, la apertura de la cuenta especial⁵¹⁷, puesto que la duración inicial del contrato debía ser a partir de dicha apertura y por consiguiente, se solicitaba la acreditación de la misma; ello, imposibilita al promotor el cumplimiento de la obligación tener contratada la garantía, previamente a la apertura de la cuenta especial, cuando la garantía prestada se realizaba mediante seguro de caución.

Sin embargo, ya explicamos que dicha referencia a que el seguro de caución se entendiera vigente desde la apertura de la cuenta especial respondía, no a la necesidad de que la cuenta especial estuviera ya abierta en el momento de la contratación sino a que la entidad aseguradora debería retrotraer los efectos del seguro de caución desde el momento de la apertura de la cuenta especial y cubrir aquellas cantidades que se hubiesen ingresado en la misma, aunque fuera en una

⁵¹⁶ Apartado 5 de la Orden.

⁵¹⁷ También hemos visto que en los “...manuales operativos de las compañías aseguradoras se especifica que el seguro solo será contratado cuando, entre otros requisitos, la promoción ya cuente con al menos un 50 por 100 de ventas”, CARRASCO PERERA, A., “Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación y Código Técnico de la Edificación”, op. cit., página 555.

fecha anterior a la formalización de la póliza flotante del contrato de seguro de caución.

La expresión, “...y *concluyendo*...”, referida al contrato de seguro, “...cuando lo pactado llegue a buen fin...y de acuerdo con el texto de la Ley”, evidentemente, a nuestro juicio, no podría referirse sino a que cuando se entregara la vivienda (entendiendo que dicha entrega se realizaba según lo pactado en la Ley, esto es, con entrega del documento administrativo que la acreditaba para ser ocupada como tal), independientemente del momento en que ello sucediera, antes o después de la fecha pactada, el contrato de seguro, concluiría; pues así estaba pactado en la propia Ley, en el artículo cuarto cuando hablaba de la posibilidad de cancelación de las garantías.

Dicha posibilidad de cancelación es distinta del plazo de caducidad o prescripción. Respecto al plazo de prescripción⁵¹⁸ de la garantía se ha interpretado⁵¹⁹ que al tratarse de una acción personal que no tiene señalado un plazo especial, el plazo de prescripción de la acción del asegurado frente a la aseguradora sería de quince años de acuerdo con lo establecido con carácter general, por el artículo 1964⁵²⁰ del CC. Y así lo ha dictado el Tribunal Supremo en algunas sentencias, entre ellas, una del año 2003⁵²¹ que sostiene:

“...que la Audiencia parte de un seguro de caución como seguro por cuenta ajena y llega a la errónea conclusión en la interpretación del artículo 23 de la Ley del Contrato de Seguro...”; para concluir que no le es de aplicación dicho plazo, el de prescripción de 2 años fijado en dicho artículo, al asegurado del seguro de caución en cuestión.

Sin embargo, nuestra postura se sitúa con los que defienden que el plazo de prescripción de la garantía prestada mediante contrato de seguro, es el plazo de prescripción de 2 años, puesto que sería de aplicación la normativa propia del seguro⁵²², puesto que lo consideramos como el plazo aplicable, que en ningún caso debería ser desplazado por el plazo general de las acciones personales regulado en el mencionado artículo del Código Civil, toda vez que estamos ante un auténtico contrato de seguro, al que le es de aplicación la normativa propia, salvo las excepciones que la propia Ley 57/1968 estableciera. En esta misma línea

⁵¹⁸ Entendiendo por tal, como hemos reiterado, el plazo del beneficiario de la garantía para ejecutar la misma o como fecha cierta a partir de la cual cesa toda responsabilidad para el garante por razón de la garantía prestada, salvo que el mismo sea interrumpido.

⁵¹⁹ Entre otros ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 194 y MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998...”, op. cit., pág. 754.

⁵²⁰ Artículo 1964 del Código Civil: “...y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince”.

⁵²¹ STS de 17 de enero de 2003, [RJ\2003\1289].

⁵²² Establece el artículo 23 de la LCS: “Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años, si se trata de seguro de daños...”.

argumental, podemos destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz del año 2003⁵²³, que establecía con gran claridad:

“...En primer lugar y dado que se ha suscitado controversia en cuanto a la naturaleza de la acción ejercitada con incidencia en los plazos de prescripción hemos de dejar sentado que tratándose de una acción derivada de un contrato de seguro que se formalizó conforme a lo establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipada en la construcción y venta de viviendas, este contrato de seguro es una modalidad del seguro de caución regulado en la Sección Sexta del Título II de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, que se refiere a los Seguros contra Daños y por ello a la acción ejercitada le es de aplicación el artículo 23 de la expresada Ley 50/1980, que señala que las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de un seguro de daños”.

Y, en cualquier caso, a nuestro juicio, a dicha conclusión ha de llegarse, no solo por la inevitable comparación con el plazo de caducidad de dos años, que establece el legislador del 2015, para la garantía prestada mediante aval solidario⁵²⁴, sino por la remisión genérica que, el mismo, realiza a la Ley de Contrato de Seguro, al regular la garantía prestada mediante seguro de caución: En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro⁵²⁵.

Una última cuestión al respecto, que nos parece fundamental, es si el plazo de prescripción al que venimos refiriéndonos, puede ser interrumpido o no por reclamación extrajudicial⁵²⁶.

La aplicación del plazo de prescripción de dos años contemplado en el artículo 23 de la LCS, en lugar del plazo de quince años recogido en el artículo 1964 del CC, podría plantear la duda sobre si las causas de interrupción de la prescripción a aplicar serían las reguladas en el artículo 1973⁵²⁷ del CC o bien las previstas en el artículo 944 del Código de Comercio⁵²⁸. La cuestión no es baladí, puesto que las recogidas en el referido artículo del Código de Comercio, aparte de

⁵²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5 de junio de 2003, [RJ\2003\211470].

⁵²⁴ Letra c) del punto 2. del Apartado Dos de la disposición adicional primera de la LOE.

⁵²⁵ Y, consecuentemente a lo expuesto, será de aplicación el plazo de prescripción fijado en el artículo 23 de la LCS. Véase CAÑIZARES LASO, A., “La caducidad de los derechos y acciones”, *Editorial Civitas, S.A.*, 2001.

⁵²⁶ Extractada la argumentación, al respecto, de la obra citada del autor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”.

⁵²⁷ Artº.- 1973 CC: “La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”.

⁵²⁸ Artº 944 CCo, párrafo primero: “La prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor; por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor”.

ser más restrictivas, no contemplan como posible causa de interrupción del plazo, la reclamación extrajudicial.

El Tribunal Supremo ha entendido, sin embargo, que la reclamación extrajudicial, ha de ser valorada como capaz de provocar la interrupción de la prescripción en el ámbito mercantil y así, en varias sentencias⁵²⁹, realizando una labor, que en sus propias palabras es “integradora del ordenamiento”, concluye, con carácter general:

“...porque aunque el artículo 944 del Código de Comercio no contemple expresamente la reclamación extrajudicial entre las causas de interrupción del plazo de prescripción de las acciones relativas a los contratos mercantiles, la jurisprudencia, en su función integradora del ordenamiento, ha considerado que, en este punto, el régimen de interrupción de las obligaciones contenido en el Código Civil y el de Comercio es el mismo y ha atribuido tal eficacia a dicho tipo de reclamación en el ámbito de este último⁵³⁰”.

Y la aplicación con preferencia del artículo 1973 del CC a la prescripción de las acciones procedentes de los contratos mercantiles, es justificada por el Tribunal Supremo⁵³¹:

“...tanto porque el límite que separa a las obligaciones civiles y a las mercantiles es difuso y complicado, como porque la remisión que el artículo 943 que el Código de Comercio efectúa a las disposiciones de derecho común da pie a eliminar la diversidad de trato en materia de interrupción de la prescripción –generadora de manifiesta inseguridad jurídica- merced a la fuerza expansiva e integradora del Código Civil”

Por ello, muy acertadamente, ESTRUCH ESTRUCH⁵³², manifiesta que el Tribunal Supremo ha venido desarrollando “... una labor más correctora que integradora del ordenamiento jurídico...”, al atribuir “...virtualidad interruptiva de la prescripción en el ámbito mercantil a la reclamación extrajudicial”; así como que, debido a que la obligación que asume la compañía aseguradora de devolver las cantidades por el asegurado-comprador, es solidaria con la obligación del promotor-vendedor, “...la interrupción de la prescripción frente al promotor-vendedor producirá, por aplicación directa del artículo 1974 del Código Civil, la interrupción de la prescripción también frente a la compañía aseguradora”.

⁵²⁹ STS de 31 de marzo de 2001 [RJ\2001\4780] y STS de 28 de octubre de 2002, [RJ\2002\9136].

⁵³⁰ STS de 20 de octubre de 2004, [RJ\2004\6772].

⁵³¹ STS de 14 de abril de 2003 [RJ\2003\3707]. En la misma línea STS de 8 de marzo de 2006, [RJ\2006\1074].

⁵³² ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 201 y 203.

Centrándonos en el plazo de *duración de la garantía* puede observarse que el legislador del 2015 establece, casi con idéntica redacción, lo en su día regulado por el articulado de la Orden del 68; sin embargo, puntualiza que dicho plazo de duración “...no podrá ser inferior...”, dando opción por un lado, a pactarse uno superior y, evitando por otro, la contratación de contratos de seguros con un plazo inferior al mínimo establecido por la norma⁵³³. Dichos requisitos, vienen regulados, junto con la posibilidad de prórroga en la letra f), de la siguiente forma: “La duración del contrato *no podrá ser inferior* a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor *podrá prorrogar el contrato de seguro* mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga”.

El legislador actual, a nuestro juicio, incluye de forma afortunada la advertencia para el adquirente de que la prórroga del contrato de compraventa no necesariamente conlleva la prórroga de la garantía si el promotor no prorroga el contrato de seguro y, consecuentemente, es consentida por la entidad aseguradora, previo pago de la prima correspondiente. Estableciendo además la obligación del promotor de informar de la prórroga de la garantía al asegurado. Ciertamente que podría haber sido más explícito, pero queda suficientemente claro que es facultad del promotor prorrogar o no la garantía, lo que ha de ser tenido en cuenta, a su vez, por el adquirente, en el momento de conceder la prórroga del contrato de compraventa.

Someramente procede analizar, retrocediendo hasta la letra c) en la que se hacía responsable al promotor del pago de la prima “...hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente”, y ello, por cuanto lo aquí establecido carece de lógica en varios supuestos:

- En aquellos en los que se conceda prórroga y la entidad garante decida no prestar su consentimiento en el sentido de que a su vez la garantía se prorrogue, ampliándose o modificándose el plazo de entrega de la vivienda, de tal forma que la garantía cubra el incumplimiento de la nueva fecha de entrega pactada, se procederá a cancelar la misma, no siendo por tanto exigible prima alguna a partir de entonces, por lo que la obligación del pago de la prima hasta la elevación a público del contrato de compraventa, carece, como decimos, de sentido alguno.
- También, en aquellos supuestos en que se opte por la resolución del contrato de compraventa, evidentemente, no se firmará escritura pública en ningún caso; por lo que la referencia que comentamos, vuelve a carecer de sentido.

En definitiva, bastaba con haber indicado que el promotor deberá ser responsable del pago de la prima durante toda la vigencia del contrato de seguro,

⁵³³ En este sentido podemos encontrar sentencias en las que expresamente se declaran nulas, a nuestro juicio correctamente, aquellas cláusulas que fijan una validez temporal de las garantías inferior al plazo fijado para la entrega de la vivienda en el contrato de compraventa. Entre ellas, una de la Audiencia Provincial de Murcia de 2010.

entendiendo por tal, aquel del que dispone el adquirente para exigir el pago al garante o hasta que el mismo se cancele por haberse expedido documento administrativo que faculte para la ocupación de la vivienda –por el órgano administrativo correspondiente-y se acredite la entrega de la vivienda (con la correspondiente escritura pública), momento en que se ha de entender cancelada la garantía en virtud del apartado Cinco de la disposición adicional primera de la LOE.

5. DERECHO DE REEMBOLSO Y SUBROGACIÓN

Es importante hablar del *derecho de reembolso*, que el propio artículo 68 de la LCS regula en su único párrafo *in fine*⁵³⁴, y que es aplicable en virtud de la remisión que la letra l) del apartado de la disposición adicional primera de la LOE, objeto de análisis, realiza para “...lo no específicamente dispuesto...”, a la Ley de Contrato de Seguro.

Dicho derecho, aunque su justificación técnica es la misma, es diferente⁵³⁵ del derecho de subrogación del asegurador contemplado en el artículo 43 de la LCS y a la recogida en la letra j) de la DA de la LOE, que veremos a continuación.

Esta acción propia, el derecho de reembolso, concedida al asegurador se caracteriza por lo siguiente:

- Para su ejercicio no es necesario que exista responsabilidad del tomador. Su fundamento se justifica en el pago de la indemnización que ha realizado el asegurador y ello al margen de que tenga su origen en una conducta responsable del tomador o bien en un incumplimiento fortuito no imputable a este. Es una de las claras diferencias con la acción subrogatoria.

OLIVENCIA RUIZ⁵³⁶ aclara que “...lo que es el asegurador ejercita es...un derecho propio, nacido del contrato de seguro y fundado en el pago de la indemnización”.

⁵³⁴ Artículo 68, *in fine*, LCS “...Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

⁵³⁵ Y en ello coincide la doctrina, TIRADO SUÁREZ, J., “Los Seguros de Caucción...”, op. cit., pág. 1049 y siguientes; EMBID IRUJO, J. M., “El seguro de caución: régimen...”, op. cit., pág. 1073; OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución...”, op. cit., pág. 881 y GÓMEZ CALERO, J., “Los derechos de reintegro del asegurador en la LCS”, en Comentarios a la LCS, Madrid, 1985, pág. 749. Así lo reconoce también la Jurisprudencia y, entre otras, la STS de 7 de abril de 1992, establecía que: “...lo que se concede al asegurador es una acción de <<reembolso>> frente al tomador, no una subrogación en los derechos del asegurado contra éste último”.

⁵³⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución...”, op. cit., pág. 881 y siguientes.

- El tomador no puede oponer excepciones al asegurador. Efectivamente y derivado de lo anterior, no podrá el tomador oponer excepciones de la obligación garantizada, lo que sí tiene cabida en la acción subrogatoria. Salvo claro está, y aquí la doctrina se divide, que oponga la excepción derivada del propio contrato de seguro, a saber, la falta de incumplimiento de la obligación principal y que constituye el riesgo asegurado⁵³⁷.

Mencionaremos que algunos autores, entre ellos CAMACHO DE LOS RÍOS⁵³⁸, reconocen que pese a que "...no puede afirmarse que la acción de reembolso contemplada por el artículo 68 sea una mera transposición de la que, en relación con la fianza, consagra el artículo 1838 del Código Civil, gran parte de la doctrina reconoce, sin embargo, que guarda cierta semejanza con la misma⁵³⁹", lo que no impide que se admita "...que el seguro de caución –como contrato- tiene naturaleza asegurativa”.

EMBID IRUJO⁵⁴⁰ afirma que la acción de reembolso "...constituye una peculiaridad del seguro de caución, no fácil de entender en la dogmática general del contrato de seguro; además, las pólizas, por regla general, excluyen toda posibilidad por parte del tomador del seguro frente a la reclamación del asegurador, lo que no resulta, a nuestro juicio, demasiado lógico. Por ello, se puede comprender que algunos autores funden en esta circunstancia su oposición a reconocer carácter asegurador a nuestra figura, puesto que, de tal modo, no llega a producirse una auténtica transferencia del riesgo, elemento central del contrato de seguro, según es notorio”.

Esta acción de regreso es fundamental desde la óptica que es la que consigue que el tomador –que es el que provoca el incumplimiento-, esté interesado en que el mismo no se produzca; evitando la provocación voluntaria del incumplimiento, expresamente prohibida en la Ley de Contrato de Seguro⁵⁴¹.

La letra j), recoge la *acción subrogatoria*, consagrada en el artículo 43 de la LCS⁵⁴² que, como indicamos, es distinta del derecho de reembolso: “El

⁵³⁷ En este sentido, CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El Seguro de Caución. Estudio...”, op. cit., pág. 107 y siguientes.

⁵³⁸ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución. Estudio...”, op. cit., pág. 110 y 111.

⁵³⁹ Entre otros, GÓMEZ CALERO, EMBID IRUJO o TIRADO SUÁREZ.

⁵⁴⁰ EMBID IRUJO, J. M., “Problemas actuales del seguro de caución...”, op. cit., páginas 56 y 57 y también el mismo autor en “El Seguro de caución como garantía”, op. cit., pág. 711.

⁵⁴¹ El artículo 19 LCS menciona únicamente al asegurado. En tanto en cuanto, él es el que recibe la indemnización, se prohíbe que él mismo provoque el siniestro. Dicho artículo está pensado para los seguros en que tomador y asegurado coincide. Por ello, en los seguros de caución, en los que el asegurado es el que es indemnizado y el tomador es el que el incumple, dicha acción de reembolso cobra relevancia pues persigue evitar dicha provocación voluntaria por el tomador y, por consiguiente, su enriquecimiento injusto.

⁵⁴² Artículo 43. Derechos y las acciones frente a las personas responsables del siniestro.

“El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos”.

EMBID IRUJO⁵⁴³ diferencia afirmando que mientras que la acción de reembolso es “...un remedio absoluto, siempre operativo (recuérdese la dicción legal: “todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”), la segunda es un remedio eventual, sólo procedente cuando existan (lo que no será raro, desde luego) acciones o remedios de recuperación patrimonial no ejercidos por el tomador del seguro/asegurado”, y concluye que las diferencias sobre la naturaleza y fundamento de ambas acciones se basan en que “...en la del seguro de caución, el asegurador ejerce, a nuestro juicio, un derecho propio, en tanto que en la subrogatoria asume la posición de jurídica del asegurado...”.

Por último y debido a que dedicaremos el siguiente apartado a referirnos a la ejecución de la garantía y a los requisitos marcados por el legislador del 2015 para llevarla a cabo, resta hablar de la novedad que introduce el legislador en la última modificación realizada sobre la norma objeto de estudio relativa a la prohibición del tomador-promotor de enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

Ello, si bien puede entenderse razonable, carece de eficacia si no se concreta o desarrolla de forma que otorgue algún derecho inscribible en el Registro de la Propiedad correspondiente, puesto que, pese a ello, la posible enajenación a un tercero de buena fe dejaría vacío dicho derecho reconocido a la entidad aseguradora, que no haya sido resarcida por el promotor en las cantidades que se ha visto obligada a indemnizar al asegurado por incumplimiento de aquel.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse.

El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la Ley, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con el asegurado. Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro. En este último supuesto, la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.

En caso de concurrencia de asegurador y asegurado frente a tercero responsable, el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés”.

⁵⁴³ EMBID IRUJO, J. M., “Problemas actuales del seguro de caución...”, op. cit., páginas 57. Otros autores también: TATO PLAZA, A., “La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Artículo 43” en *Comentarios a la Ley del contrato de seguro*, BOQUERA J./OLAVARRÍA, J./BATALLER, J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, páginas 537 y siguientes. También BARRES BENLLOCH, M^a P., “Régimen jurídico del seguro de caución”, op. cit.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA PRESTADA MEDIANTE SEGURO DE CAUCIÓN EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Al margen de las discusiones doctrinales acerca de si el seguro de caución tiene naturaleza *asegurativa* o *fideiusoria*, hemos manifestado la importancia de concretar qué ha de entenderse por incumplimiento y por siniestro al amparo de la normativa que lo regula. Es ineludible pues, para centrarnos en el momento en que procede la ejecución de la garantía y los requisitos impuestos por la normativa para llevarla a cabo, volver a insistir sobre ello.

La posibilidad de que el deudor incumpla con su obligación es la que induce al acreedor a exigir la constitución de una caución. Dicha caución es sustituida por un seguro de caución que le garantice la indemnización en caso de incumplimiento; es lo que se denomina “función caucional” del seguro de caución. Esta función, nos permite identificar el riesgo⁵⁴⁴ en estos seguros y afirmar que el riesgo previsto en el seguro de caución es el del incumplimiento por el deudor-tomador del seguro, del incumplimiento de su obligación frente al acreedor-asegurado, o si se prefiere el incumplimiento por el tomador de sus obligaciones derivadas de la relación jurídica principal.

Dicho incumplimiento, como ya comentamos en capítulos anteriores, no está delimitado por la propia Ley de Contrato de Seguro, lo que ha sido criticado por la doctrina en no pocas ocasiones, puesto que del mismo pueden existir distintas valoraciones (incumplimiento imputable o no al deudor, considerado como esencial, o como mero retraso, incumplimiento por cumplimiento defectuoso, etc.) y su delimitación se deja a la libertad de las partes, recordando en estos casos, importancia el deber precontractual del riesgo.

En el seguro de caución en garantía de cantidades anticipadas para las viviendas en construcción la noción de incumplimiento ha de entenderse en un sentido amplio y por consiguiente, el riesgo lo constituye cualquier tipo de incumplimiento de los recogidos en la Ley:

- la no iniciación de las obras en el plazo fijado, y,
- la no entrega de la vivienda en el plazo estipulado en el contrato de compraventa.

La noción de incumplimiento ha sido valorada de forma diversa en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales así como del Alto Tribunal con distinto resultado en ambos sentidos. Afortunadamente, el Tribunal Supremo ha realizado una labor integradora del ordenamiento jurídico al respecto, sentando como doctrina jurisprudencial, un concepto amplio del incumplimiento:

⁵⁴⁴ Véase la obra de BENAVENTE SEGORB, R. J., “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, op. cit., páginas 14625-14666.

reconociendo, por un lado, el plazo como un término “esencial” para el cumplimiento de las obligaciones y considerando por ello como incumplimiento el mero retraso en el inicio de las obras o en la entrega de la vivienda; eliminando prácticamente, la consideración, como tales, de casos fortuitos que justifiquen el retraso y sentenciando que no es válida, la simple entrega física de la vivienda, sino que debe expedirse la cédula de habitabilidad o el documento equivalente que faculte para la ocupación de la vivienda, por el órgano competente.

También existe, en estos seguros, libertad para la determinación del momento en que ha de entenderse producido el siniestro. La propia determinación del mismo es fundamental por cuanto supone la materialización del riesgo pero, sobre todo, provoca la prestación del asegurador. No establece la Ley del 68 referencia alguna a dicho momento, por lo que las pólizas de seguros incorporaron el contenido de la Orden de 29 de noviembre de 1968, pudiendo entenderse por tal, la simple reclamación hecha al asegurador, a la que se adjuntará la reclamación que comentaremos a continuación.

La modificación operada por la Ley 20/2015 de 14 de julio, en la disposición adicional primera de la LOE, incorpora parcialmente, los requisitos que la Orden de 29 de noviembre de 1968, fijaba para que, una vez producido el incumplimiento, entrara en juego la garantía del asegurador. Dicha Orden, en su apartado 4 f) además de exigir como requisito que las cantidades anticipadas se ingresaran en la cuenta especial, establecía en su apartado 2: “Que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta...”:

1.- Con respecto al primero de ellos, que las cantidades anticipadas se ingresaran en la cuenta especial, no nos reiteramos más sobre la importancia de dicho ingreso en relación con las garantías prestadas.

Sin embargo, ante la realidad de que dichos ingresos no se realicen en la cuenta especial, el legislador del 2015 ha introducido la siguiente exigencia para el adquirente que busque ser indemnizado por la entidad garante, sobre la necesidad de que deba acreditar el asegurado que fueron realmente aportadas las cantidades, aunque, continúa, se hubiesen incluido, como debería haber sucedido, la total suma asegurada en el contrato de seguro.

Y no podía ser de otra forma, puesto que si: por un lado, se exige, como hemos visto, que se entregue garantía por la totalidad de las cantidades “...que han de ser anticipadas a cuenta del precio⁵⁴⁵”, esto es, por todas las pactadas, se hayan anticipado o no en el momento de la entrega de la póliza individualizada, y, por otro, se constata la realidad de dicha falta de ingreso de las cantidades en la cuenta

⁵⁴⁵ Apartado Tres *in fine* de la disposición adicional primera de la LOE en la redacción dada por el legislador de 2015.

especial, los adquirentes, inevitablemente, deberán acreditar su efectiva entrega previamente a exigir su devolución.

2.- Con respecto al segundo de los requisitos, la modificación de la D.A. 1ª de la LOE, realizada en el 2015, ha establecido una exigencia que vemos importante recoger textualmente:

“En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el asegurado, *siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta*, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses *y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución*, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

Mantiene pues, casi en los mismos términos que la Orden, la obligación de requerir previamente, y de manera fehaciente al promotor, para la devolución de las cantidades. Incluye además, la opción de reclamar a la entidad aseguradora siempre que no haya sido posible la reclamación previa, lo que igualmente, habrá de acreditarse.

La necesidad del requerimiento previo o no al promotor ha mantenido separada a la doctrina y así mientras algunos como REGLERO CAMPOS⁵⁴⁶, consideraba que “...el siniestro, en supuestos de seguro de caución vendría configurado por la negativa injustificada por parte del vendedor que incumple la obligación de entrega de la vivienda en el tiempo pactado, a devolver “a instancia de un requerimiento resolutorio” del comprador, las cantidades anticipadas por éste...”; otros como DIÉGUEZ OLIVA⁵⁴⁷ opinaban al contrario, defendiendo la argumentación del magistrado GULLÓN BALLESTEROS en la sentencia de 15 de julio de 2005⁵⁴⁸ que afirmaba, en un caso en que la entidad aseguradora defendía que el comprador no había cumplido con el requisito legal de haber requerido al promotor previamente, que “...la Ley 57/1968 no lo dispone así en su normativa. La Orden de 1968 en este punto ha de entenderse que no es imperativa, por cuanto limita el derecho del comprador contra la aseguradora sin base alguna en aquella Ley que dice desarrollar”.

⁵⁴⁶ REGLERO CAMPOS, F. “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004”, *CCJC*, nº 67, op. cit., pág. 325-337. Esta postura tenía gran apoyo jurisprudencial.

⁵⁴⁷ Véase DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...”, op. cit., pág. 14.

⁵⁴⁸ [RJ\2005\9624].

La Ley, en la nueva redacción dada, resuelve dicha disquisición, así que llegados a este punto debemos poner de manifiesto que:

1º.- El siniestro se entiende producido por la propia reclamación realizada por el asegurado, lo que tiene unas consecuencias que al final del capítulo, comentaremos.

2º.- Que dicha reclamación deberá acompañar:

- No solo la acreditación del requerimiento fehaciente hecho al tomador-promotor o la acreditación, también fehaciente, de que no ha sido posible.

- Si no también, la acreditación de que las cantidades han sido efectivamente anticipadas.

3º.- Que el tomador tiene un plazo de treinta días para la devolución y que el asegurador, tiene un plazo igual para el abono al asegurado, desde la reclamación.

Bajo el mismo título de “ejecución de la garantía” mantiene el legislador la opción del adquirente de la vivienda, una vez producido el incumplimiento, de optar:

- bien por la resolución (mal utilizado, a nuestro juicio, el término de rescisión) con devolución de las cantidades,

- bien, por conceder una prórroga.

A nuestro juicio, y así lo argumentamos extensamente en el capítulo de la Resolución, aunque reconocemos que el propio título confunde, lo recogido en el mismo no implica que la opción de resolver o conceder prórroga se haya de realizar frente a la entidad garante. La ejecución propiamente de la garantía, en el caso de la prestada mediante seguro de caución, está recogida en el apartado h) e i) que hemos reproducido más arriba, puesto que en ellos, se indica claramente, cuándo podrá procederse a la ejecución de la garantía.

V. LA CLASE DE SEGURO DE CAUCIÓN REGULADA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

Creemos acertado que el legislador exija que junto con la reclamación que haya de realizarse a la entidad aseguradora, se haya de adjuntar el requerimiento previo al tomador o bien la prueba fehaciente de haberlo intentado sin éxito, puesto que dicho requerimiento previo prueba que el adquirente ha optado por la resolución y no por conceder prórroga alguna al promotor.

En relación con la forma de ejecución de la garantía podemos entrar a analizar qué tipo de garantía es la prestada mediante seguro de caución y, en concreto, cómo ha de calificarse la garantía prestada al amparo de la Ley objeto de nuestro trabajo:

1º.- Por la redacción definitiva que el legislador estableció para el contrato de seguro de caución en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, alguna doctrina entiende que la intención de aquel no era otra que, según TIRADO SUÁREZ⁵⁴⁹ “...dejar a un lado el contrato subyacente entre asegurado y tomador, situando todo el énfasis legal en el contrato de seguro que vincula al tomador del seguro o contratante, con el asegurador”.

2º.- Además, el seguro de caución, como afirma TIRADO SUÁREZ⁵⁵⁰ “...no es accesorio de la obligación asegurada pues la nulidad de ésta, no comportaría el extorno de la prima”.

Nosotros compartimos la afirmación de que el seguro de caución no es accesorio de la obligación principal desde una óptica *rígida* de la “accesoriedad”. Sin embargo, dicha desvinculación no es total y así puede defenderse el carácter accesorio del seguro de caución que analizamos, por cuanto:

- Por un lado, el legislador mantiene dicha conexión al permitir la cancelación de la garantía, cuando el cumplimiento le sea acreditado al asegurador (recuérdese el artículo cuarto de la Ley 57/1968, trasladado al apartado Cinco de la disposición adicional primera de la LOE con el mismo título de “Cancelación de la garantía”).

- Por otro, porque para la ejecución de la garantía, como defendemos, el legislador exige la resolución previa del contrato de compraventa con el promotor.

⁵⁴⁹ TIRADO SÁNCHEZ, J., “Los Seguros...”, op. cit., pág. 1033. Se suprimió, en la redacción final, el vocablo “*garantizado*” en la expresión: “...a título de resarcimiento o penalidad, dentro de los límites establecidos en la ley o en el contrato *garantizado*”.

⁵⁵⁰ TIRADO SÁNCHEZ, J., “Los Seguros...”, op. cit., pág. 1040.

3º.- Por último y atendiendo al seguro de caución prestado en garantía de la devolución de la cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, la producción del siniestro se concreta en la simple reclamación a la entidad aseguradora, siendo ello lo que determina una configuración especial de este seguro que establece un deber *cuasi*-automático del pago por parte del asegurador ante el simple requerimiento del asegurado. Y ello, puesto que se hace depender la existencia del incumplimiento, que determina el siniestro, de la libre apreciación del asegurado.

El propio Tribunal Supremo y la doctrina⁵⁵¹, han entendido en relación a la garantía prestada mediante el seguro de caución al amparo de la Ley 57/1968, que, citamos a ESTRUCH ESTRUCH⁵⁵² “...la obligación de devolución asumida por la compañía aseguradora es una obligación solidaria...”, y esgrimen para ello, varios argumentos:

- En primer lugar, puesto que el legislador exigía de modo expreso que el aval prestado fuera de carácter solidario, no sería lógico que el comprador se encontrara en peor condición a la hora de ejecutar su garantía si el vendedor hubiera concertado la misma mediante seguro de caución en vez de mediante aval bancario que, necesariamente se establecía como solidario.
- En segundo lugar, el artículo 3 de la Ley 57 permitía al asegurado reclamar directamente a la compañía aseguradora a través el juicio ejecutivo, para cuya interposición no se exigía la reclamación previa del asegurado frente al promotor vendedor⁵⁵³.
- En tercer lugar, por aplicación del articulado de la Ley de Contratos de Seguro, puesto que, como ha manifestado ESTRUCH ESTRUCH⁵⁵⁴ “...conviene recordar además que en todo tipo de contratos de seguros, y en los de daños con más motivo, y el de caución lo es, el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre 1980, autoriza el ejercicio de la acción directa contra la Compañía aseguradora, artículo aplicable al seguro de caución regido por la Ley 27 de julio 1968, por declaración de Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1995 [RJ\1995\172]”.

⁵⁵¹ Aparte del que citamos a continuación, también CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades...”, op. cit., pág. 531, nota 1; GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas...”, op. cit., pág. 10; MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op. cit., pág. 756 y BARRES BENLLOCH, M^a P., “El seguro de caución...”, op. cit., págs. 68 y siguientes.

⁵⁵² ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades...”, op. cit., páginas 190 y 191.

⁵⁵³ Efectivamente y pese a que dicho artículo sí ponía como requisito que se acreditara el incumplimiento de la obligación principal, (lo que resaltaba el carácter de accesorio de la garantía, frente a la obligación principal), no exigía, para acudir al procedimiento ejecutivo, la reclamación previa al promotor-deudor-tomador por parte del asegurado-adquirente (lo que revelaba el carácter solidario del que, el legislador, pretendió dotar a la garantía).

⁵⁵⁴ Dicho autor en op. cit. supra, pág. 193.

Pero esta consideración de garantía solidaria se ha mantenido en base a lo regulado en la Ley 57/1968 y antes de la modificación realizada por el legislador del 2015.

A nuestro juicio, la reciente modificación producida en el 2015 ha configurado la garantía prestada mediante seguro de caución⁵⁵⁵ como una suerte de garantía autónoma, puesto que:

- Identifica el siniestro con la reclamación del asegurado a la entidad aseguradora o dicho de otra forma, activa la obligación del asegurador sin necesidad de que el asegurado acredite el incumplimiento de la obligación principal por el deudor.
- Exige una reclamación previa por parte del asegurado al tomador-deudor para la devolución de las cantidades y solamente ante dicha devolución, se activa la garantía, por lo que, ante dicho requisito, no puede ser considerada la garantía prestada como una garantía solidaria, sino como una garantía autónoma condicionada a: 1º.- Que el asegurado afirme por escrito que no ha obtenido la devolución de las cantidades por el deudor-tomador, que será –dicha reclamación- la desencadenante de la puesta en juego de la garantía⁵⁵⁶ y 2º.- Que acredite, por un lado, la reclamación previa al tomador-deudor y, por otro, las cantidades efectivamente anticipadas.

El hecho, además, de que el legislador haya establecido la facultad del adquirente para resolver el contrato en base a unos datos objetivos⁵⁵⁷ y que la jurisprudencia haya mantenido, acertadamente, que no es necesaria una resolución judicial que corrobore o dicte el incumplimiento del promotor y por ende, la posibilidad de dar por resuelto el contrato de compraventa sin dicho requisito, refuerza, a nuestro juicio, la certeza de que nos encontramos ante una garantía autónoma⁵⁵⁸.

Una garantía autónoma condicionada, que guarda cierta conexión con la obligación principal por dichos condicionantes, permitiendo al asegurador: no atender una petición del asegurado con carácter previo a la fecha en que debe producirse el incumplimiento –dato que conocerá perfectamente; ni atender la petición del asegurado, cuando el promotor le acredite que se ha entregado la vivienda y expedido cédula de habitabilidad o que ha requerido al comprador,

⁵⁵⁵ Y veremos también que la garantía prestada mediante aval solidario.

⁵⁵⁶ El hecho de que se condicione la ejecución de una garantía a la presentación de una reclamación en el sentido apuntado, o a la presentación de algunos documentos por parte del beneficiario-asegurado, no elimina el carácter independiente de una garantía, si bien al contrario, facilita el ejercicio de una posterior acción del ordenante-tomador frente al asegurado –por mala fe- además de eliminar o reducir la posibilidad de reclamaciones abusivas.

⁵⁵⁷ El plazo fijado por las partes, entendiéndolo como un término esencial del propio contrato de compraventa y al hecho objetivo de la expedición de un documento administrativo que faculte para ocupar la vivienda al adquirente.

⁵⁵⁸ Se ha entendido por parte de la doctrina, que si la reclamación de la garantía se condicionara a una sentencia o laudo arbitral en el que se declarara el incumplimiento de la obligación garantizada, no estaríamos ante una auténtica garantía autónoma, sino en presencia de una auténtica fianza.

previamente a la resolución del contrato de compraventa por éste, para la entrega de la vivienda; sin que por ello, deje de ser considerada como una garantía autónoma.

Por último, el encuadre definitivo que el legislador establece para la normativa que regula la percepción de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas para su construcción no es sino la Ley de Ordenación de la Edificación; encuadre, a nuestro juicio, acertado. En dicha Ley, conviven otras modalidades de seguros de caución como son los regulados, en su artículo 19, para garantizar los daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción, lo cuáles y por mandato expreso del legislador han de otorgarse a primer requerimiento, o como bien se indica en el artículo 19.3. c): “El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado a primer requerimiento”. Por ello, cobra mayor fuerza nuestra defensa de que el seguro de caución fijado en la disposición adicional primera de la mentada LOE tenga dicha consideración de garantía autónoma y que el asegurador asume el compromiso de indemnizar al adquirente a primer requerimiento sin que ello, como hemos reiterado, suponga aceptar, por la entidad aseguradora, reclamaciones abusivas en absoluto.

CARRASCO PERERA⁵⁵⁹ ya manifestó que “...el legislador de la LOE también debería haber incluido dicha exigencia en las modificaciones que a través de la disposición adicional primera de la norma introdujo en la Ley 57/1968”.

En definitiva, la configuración de esta garantía como autónoma satisface la finalidad buscada por el legislador, cual es, la protección del adquirente de forma eficaz, entendiéndose por tal, el rápido acceso a la caución constituida mediante seguro de caución, y que se traduce en el establecimiento, por el legislador, de los mecanismos necesarios para la rápida devolución de las cantidades anticipadas por el adquirente de una vivienda para su construcción.

⁵⁵⁹ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op. cit., pág. 537. Igualmente ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 172-173 afirma que si bien es cierto que la Ley no exige que el seguro de caución se preste a primer requerimiento, debido a la finalidad de protección del comprador que ha anticipado cantidades “...deberán entenderse válidos todos los pactos que se pudieran establecer en el contrato de compraventa en beneficio del comprador, siempre que superen la protección mínima legal requerida. Por lo tanto, será perfectamente válido el pacto en virtud del cual el promotor-tomador del seguro se obligara frente a los compradores a concertar un seguro de caución a primer requerimiento”.

**CAPÍTULO SÉPTIMO.-
LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA
DE VIVIENDAS CON CANTIDADES ANTICIPADAS
PARA SU CONSTRUCCIÓN**

Que la, en breve derogada, Ley 57/1968 guardaba escaso rigor técnico al hablar de rescisión del contrato en vez de utilizar el término de resolución es algo indiscutible; que el legislador del 2015 mantenga dicha imprecisión es, cuanto menos, lamentable.

Y es un asunto indubitado por la doctrina, entre la que encontramos afirmaciones contundentes en este sentido por parte de autores como CHAMORRO POSADA, DÍAZ MARTÍNEZ, SAPENA TOMÁS, o como la que realiza DIÉGUEZ OLIVA⁵⁶⁰ al respecto: “...no podemos perder de vista que estamos ante un supuesto de *resolución* de contrato de compraventa, especial o especialmente objetivizado por el legislador”.

Por ello, se hace inevitable comenzar este capítulo analizando, aunque sucintamente, las figuras de rescisión y resolución así como sus rasgos más diferenciadores y ello, puesto que la normativa reguladora de la materia objeto de este trabajo, insiste en la utilización del término jurídico de “rescisión”, frente al recurso doctrinal y jurisprudencial a la figura de la “resolución”:

I. RESCISIÓN Y RESOLUCIÓN. DIFERENCIAS

1. RESCISIÓN

Regulada en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil, la rescisión es la ineficacia sobrevenida de un negocio jurídico, al cual no le falta ninguno de sus elementos esenciales ni hay vicio en ellos, como tampoco adolece de ausencia de alguno de los presupuestos que su tipo negocial requiere.

Supone por tanto, la existencia de un negocio perfectamente válido y regularmente celebrado pero que contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a Derecho, llegando a producir un fraude de acreedores o una lesión. Por ello, y por el perjuicio que el mismo supone para determinadas personas, el ordenamiento jurídico ofrece la acción rescisoria para cesar su eficacia.

Así pues, la rescisión requiere de un contrato celebrado válidamente pero que al producir una lesión injusta, tipificada legalmente, a un sujeto, devenga ineficaz.

En cuanto a sus características:

⁵⁶⁰ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 3. En el mismo sentido los autores citados en CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta...”, op. cit., pág. 152 y 158; DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La resolución de la compraventa de vivienda...”, op. cit., pág. 3 y SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V. M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas...”, op. cit., pág. 93. Igualmente reseñamos a ESTRUCH ESTRUCH, J., en “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 245 y siguientes, donde afirma que “no estamos ante un caso de rescisión de un contrato sino ante un supuesto claro de resolución por incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los contratantes, por lo que parece claro que se trata de una imprecisión del legislador”.

- La acción rescisoria es una acción subsidiaria, pues solo cabe acudir a su ejercicio cuando no se pueda reparar el perjuicio por ningún otro medio.
- Puede hacerse valer por las partes como por terceros.
- Está sujeta al plazo legal de caducidad de 4 años.
- Con respecto a sus efectos, produce efectos “ex nunc”, esto es, desde el momento del reconocimiento, sin que sea posible perjudicar a terceros.

Según el artículo 1295 del código civil, es obligada la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses; por lo que únicamente podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado; no teniendo lugar la misma, cuando las cosas se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

2. RESOLUCIÓN

La resolución tiene lugar cuando una de las parte incumple las obligaciones a su cargo, pudiendo la otra parte declarar resuelto el vínculo y quedar liberada. Constituye, por tanto un supuesto de ineficacia del negocio jurídico derivada del incumplimiento de una parte en las prestaciones recíprocas, y que da lugar a la extinción de la relación obligatoria válidamente constituida por la concurrencia de una causa sobrevenida, legal o convencionalmente prevista, que impide que aquella cumpla su finalidad económica.

La resolución presupone, necesariamente la previa validez del contrato, siéndole de aplicación lo dispuesto en el artículo 1124 CC. Consiste en una facultad que ejercita el contratando que ha cumplido con sus obligaciones, frente al que ha incumplido, para poner término a la misma en virtud de pactado⁵⁶¹ o de lo previsto en la norma legal.

En cuanto a sus características:

- La acción resolutoria no es una acción subsidiaria, sino principal.
- Puede ser accionada, solamente, por las partes intervinientes en el contrato.

⁵⁶¹ En virtud del principio de autonomía de la voluntad, regulada en el artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

“La legitimación para ejercitar la facultad resolutoria, corresponde en exclusiva a la parte perjudicada por el incumplimiento, que ha cumplido aquello que le incumbía, a no ser que el incumplimiento del “incumplidor” sea consecuencia del incumplimiento anterior de la otra parte...”⁵⁶².

- Está sujeta al plazo de prescripción de 15 años, según regula el artículo 1964 CC.
- Con respecto a su eficacia, ésta es retroactiva. Los efectos son “ex tunc” y así cada una de las partes ha de reintegrar o restituir a la otra, lo recibido en virtud del vínculo obligacional, salvo si está parcialmente consumada, en cuyo caso, la resolución tiene efectos “ex nunc”.

⁵⁶² [Sentencia de la AP Barcelona, Sec. 13ª, de 17-12-2008.](#)

II. LA ACCIÓN RESOLUTORIA EN LA NORMATIVA REGULADORA DE LA COMPRAVENTA DE VIVIENDAS CON LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO DURANTE LA CONSTRUCCIÓN

Fijaba el legislador del 68 en la, en breve derogada, Ley 57, en su artículo tercero, lo siguiente:

“Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas *con el interés legal del dinero vigente hasta el momento en que se haga efectiva la devolución*⁵⁶³ o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.

Establece la disposición adicional primera de la LOE⁵⁶⁴, en su apartado Cuatro, para la ejecución de ambas garantías (seguro de caución o aval solidario):

“Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.

Por consiguiente, es evidente en base a lo expuesto que no nos encontramos ante un contrato eficaz, celebrado válidamente y que a causa de una lesión injusta que el propio contrato causa, deviene ineficaz; sino ante un incumplimiento claro por parte del promotor, el cual no cumple con sus obligaciones, bien sea, por no comenzar las obras o por no entregar la vivienda en los plazos que se hayan estipulado por las partes.

Es más, al regular la posibilidad de concesión de prórroga por parte del adquirente, el legislador, está recogiendo la facultad del mismo de optar por el cumplimiento del contrato (concediendo dicha prórroga), en consonancia con lo regulado en el artículo 1124 CC sobre la resolución de las obligaciones recíprocas y así “...El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos

⁵⁶³ Texto en cursiva, adecuado a la modificación introducida por la disposición adicional de primera de la Ley de Ordenación de la Edificación en el año 1999.

⁵⁶⁴ En la redacción dada por la Ley 20/2015.

casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

Y así opina la doctrina mayoritaria como hemos manifestado, salvo la postura en contra de MAGRO SERVET⁵⁶⁵, que entiende que la acción no es de resolución sino de rescisión.

El Tribunal Supremo mantiene tratarse de una resolución y en numerosas sentencias, en concreto y claramente, en la muy reciente sentencia del 5 de mayo de 2014⁵⁶⁶, en la que se concluye por este Alto Tribunal:

“...De la propia redacción el precepto mencionado se deduce que en el artículo se trata de la rescisión (entiéndase resolución) y recoge la posibilidad de que se pueda conceder una prórroga para la terminación de la obra. Se ha de entender como resolución, dado que la acción de rescisión es subsidiaria (art. 1294 C. Civil (LEG 1889, 27)) y por razones distintas del incumplimiento contractual”.

Y es que como afirma DIÉGUEZ OLIVA⁵⁶⁷ no es un tema baladí, como luego veremos, puesto que “...la situación concursal en la que muchas promotoras se encuentran en la actualidad ha llevado tanto a jueces como a letrados a intentar forzar la letra de la Ley...en el sentido de obligar a que la resolución de dichos contratos tenga que tener lugar necesariamente y en cualquier caso en el concurso a través de los trámites del incidente concursal...”.

Una vez establecido que nos encontramos ante la acción de resolución, que no puede confundirse con la rescisión, debemos tomar como punto de partida para adentrarnos en el tema que nos ocupa: por un lado, cómo ha de ser el incumplimiento para que el mismo constituya el presupuesto de la acción resolutoria y, por otro, cómo se ejercita en nuestro ordenamiento dicha acción:

- En cuanto al primer aspecto, hemos de indicar que no cualquier tipo de incumplimiento podrá desplegar el ejercicio de la acción resolutoria, sino únicamente aquel que revista el carácter de esencial, grave o sustancial, sin que, como indica DÍAZ MARTÍNEZ⁵⁶⁸ “...tenga virtualidad resolutoria en cambio,

⁵⁶⁵ Únicamente encontramos la opinión en contra de MAGRO SERVET, V., que en su obra “Interpretación de lo dispuesto en el artículo 3.2 Ley 57/1968...” op. cit., hace referencia a los artículos 1291.5 y 1295 CC por entender que la acción regulada en dicha Ley es la acción de rescisión y por ende, se entiende defendible por este autor el plazo de caducidad de 4 años de la acción rescisoria recogida en el artículo 1299 del Código Civil.

⁵⁶⁶ TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia de 5 mayo 2014 – [RJ\2014\3290].

⁵⁶⁷ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades...” op. cit., pág. 3. Véase también, SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y Constructoras. Afectaciones y peculiaridades”, op. cit. y ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, op. cit.

⁵⁶⁸ DIAZ MARTÍNEZ, A., “La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n° 7/2013. Editorial Aranzadi, S.A., [BIB\2013\2202].

cualquier otro tipo de incumplimiento de una obligación accesoria nacida del contrato o el cumplimiento defectuoso de las partes, que podría generar, en su caso, consecuencias jurídicas de otra índole”.

Para entender que concurre un incumplimiento calificable como “esencial”, ya no es exigida una persistente resistencia renuente al cumplimiento por la parte. Sin embargo, sigue siendo necesaria y determinante, la existencia de una conducta del incumplidor que origine la frustración del fin del contrato o si se quiere, que malogre las legítimas aspiraciones de la contraparte⁵⁶⁹.

- En cuanto al segundo aspecto, teniendo en cuenta el carácter de derecho potestativo de la resolución por incumplimiento, es doctrina mayoritaria y Jurisprudencialmente se sentencia, reiteradamente, que “...la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración de voluntad, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato”⁵⁷⁰.

Así pues, nuestro ordenamiento, lejos de exigir que la resolución haya de instarse judicialmente, establece que es una facultad atribuida a la parte perjudicada que puede optar entre “...exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”⁵⁷¹.

Instada y aceptada por la parte contraria, desplegaría todos sus efectos, sin necesidad de sanción por los Tribunales; la que sí se requeriría, en caso de impugnación de la resolución por la otra parte, en el sentido de declarar ajustada o no a Derecho la misma.

⁵⁶⁹ STS 10 de septiembre de 2012, [RJ\2013\2266]: “Sin embargo, señala también el Alto Tribunal, tampoco puede exigirse una aplicación literal de “una voluntad deliberadamente rebelde”, que sería tanto como exigir dolo, sino más razonablemente apreciar incumplimiento cuando se frustra, por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue, por ejemplo, al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento (SS de 28 de enero de 1986, 29 de febrero, 26 de abril, 25 de mayo y 3 y 21 de septiembre de 1988, 6 de julio de 1989, y 2 de abril de 1993, entre otras). Y esta doctrina, más que consolidada, no ha sido modificada por el Tribunal Supremo en sus más resoluciones más recientes, puesto que no se desprende así del tenor de la [sentencia de la Sala 1.ª de fecha 31 de mayo de 2007 \[RJ\2007\4336\]](#), que cita otra del Alto Tribunal de [20 de septiembre de 2006 \(RJ 2006. 8401\)](#), y que en realidad no hace sino corroborar la doctrina antes expuesta, de modo que solo recuerda y reitera el principio de que no se exige, para que proceda la resolución, una voluntad deliberadamente obstativa al cumplimiento ni una reiterada y demostrada voluntad rebelde, ya recogida en la jurisprudencia antes parcialmente trascrita y extractada, y que simplemente señala que basta el dato objetivo de la “injustificada” (y esto es lo esencial) falta de cumplimiento del contrato, es decir, que sea imputable a la parte contra la que se acciona, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato”.

⁵⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989.

⁵⁷¹ Artículo 1124 del código civil.

Sin embargo, hay que matizar:

En palabras de DÍEZ PICAZO⁵⁷², “...aunque en nuestro Código solo subsisten rastros de una resolución exclusivamente extrajudicial de modo que el contratante perjudicado por el incumplimiento ha debido ejercitar judicialmente la acción resolutoria, el Tribunal Supremo ha admitido en diversas sentencias el ejercicio extrajudicial de la misma”, de hecho mantiene el Alto Tribunal como doctrina que “...la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no solo en vía judicial, sino mediante declaración de voluntad no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada...⁵⁷³”; así puede concluirse, como afirma CAÑIZARES LASO⁵⁷⁴, “...que debe admitirse el ejercicio extrajudicial de los derechos potestativos; dicho ejercicio se manifestará mediante una declaración de voluntad recepticia, que en principio no estará sujeta a ningún requisito especial de forma pero que, no obstante, por evitar problemas posteriores de prueba es aconsejable realizarla mediante carta o requerimiento notarial...⁵⁷⁵”.

En el ámbito que nos ocupa, y así lo argumentaremos, el legislador concede, indudablemente, una facultad de resolución al comprador, pero no cualquier resolución sino una suerte tal de facultad resolutoria “objetiva” que permite al comprador, llegado el plazo establecido, sin que el promotor haya iniciado las obras o haya entregado la vivienda –por cualquier causa⁵⁷⁶–, poder ejercerla y recuperar las cantidades anticipadas (ejecutando su garantía) sin mayores dilaciones y sin necesidad de que dicha resolución sea declarada judicialmente, y ello en base a dos aspectos fundamentales, íntimamente relacionados:

- Por un lado, dota al plazo establecido en el contrato, tanto para el inicio de la construcción como de entrega de la vivienda, de un carácter esencial, y por otro,
- Introduce la facultad de resolver de forma clara y expresa, cuando no era, en ningún caso, necesario, pues en las obligaciones recíprocas es siempre una posibilidad para aquella parte que cumple frente a la parte que incumple con sus obligaciones. La regla basándola en un hecho muy objetivo y únicamente para los tipos de incumplimientos

⁵⁷² DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, op. cit., páginas 722 y 723.

⁵⁷³ STS de 28 de febrero de 1989, entre otras de 19 de noviembre de 1984 o de 21 de marzo de 1986.

⁵⁷⁴ CAÑIZARES LASO, A., “La caducidad de los derechos...”, op. cit.

⁵⁷⁵ Véase sobre el tema igualmente DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...”, op. cit., páginas 20 a 26.

⁵⁷⁶ Esta expresión ha sido suprimida en la actual redacción, aunque, como indicábamos en capítulos anteriores, la jurisprudencia ha sentado criterio al respecto sin que, dicha supresión, ocasionara cambios interpretativos relacionados con la facultad de resolución del adquirente.

que ya indicamos en capítulos anteriores, no protegiendo ningún otro incumplimiento fuera de los mencionados.

Con ello, el legislador pretendía que el mecanismo de la resolución estuviera basado en un dato objetivo imposible de cuestionar, de tal forma que con la sola comprobación de que en el plazo establecido no se habían iniciado las obras o entregado las viviendas, pudiera el comprador instar, si así le interesaba, la resolución contractual; resolución que sería incuestionable y en todo caso, refrendada judicialmente. Por eso entendemos que el legislador no introduce la misma protección y cobertura mediante garantías para otros posibles incumplimientos del promotor de construcción de viviendas, puesto que, para ningún otro incumplimiento podía establecer un mecanismo de resolución tan objetivo como el establecido, fijado en una fecha concreta.

Para que la resolución tenga el efecto pretendido, el legislador introduce, además, una serie de obligaciones previas, a saber, la de garantizar las cantidades anticipadas mediante aval solidario o seguro de caución y la de ingresar las mismas en una cuenta especial⁵⁷⁷, para que, si fuese necesario, entre en juego la cobertura de las entidades garantes, quienes podrán atender la solicitud de reintegro de los compradores una vez que se les acredite que han optado por la resolución⁵⁷⁸ (y no han concedido prórroga) y sin el temor de que el incumplimiento se considerara a posteriori, por los tribunales, sin entidad resolutive.

La intención del legislador sin duda era simplificar la recuperación de las cantidades anticipadas: garantizando la misma, por entidad aseguradora o crediticia, para el caso en que el promotor no lo hiciera y sin necesidad de comprobación de qué importe efectivamente se había anticipado por el comprador, al haberse ingresado en la cuenta especial todas ellas.

Analizaremos a continuación la consideración del plazo como un elemento esencial del contrato que nos ocupa, lo que conlleva a que su incumplimiento sea calificado, en sí mismo, como un incumplimiento esencial que permite la resolución contractual y la forma en que debe producirse esa resolución “objetiva” a la que venimos refiriéndonos, adentrándonos directamente en el análisis de la normativa que nos ocupa a través del estudio de las causas legales de resolución que establece el legislador en la compraventa con entrega anticipada de cantidades y de los requisitos exigibles para que la misma opere.

Previo a ello, sin embargo, nos parece interesante volver sobre el tema de la situación del comprador ante la declaración del concurso del promotor pero únicamente en relación a la relevancia del momento en que se entiende realizada la resolución del contrato de compraventa.

⁵⁷⁷ Obligaciones establecidas para el promotor, con las matizaciones que hemos hecho en capítulos anteriores.

⁵⁷⁸ Veremos en este sentido que, a nuestro juicio, ha de comunicarse necesariamente al promotor-vendedor (o por lo menos intentarlo, según la modificación de la disposición adicional operada en el año 2015).

Sin ánimo de extendernos, simplemente esbozamos algunas consideraciones al respecto:

No solo es importante diferenciar si estamos ante un supuesto de rescisión o de resolución para entender si necesariamente ha de ser dictada por el juez del concurso sino además como afirma DIÉGUEZ OLIVA⁵⁷⁹, a si el incumplimiento es anterior o no a la declaración del concurso y el comprador ha iniciado o no la reclamación frente a las entidades garantes y así "...si admitimos la plena eficacia de la resolución extrajudicial, el crédito por tanto ha de entender nacido con carácter previo a la declaración del concurso y que, en el momento de la declaración del mismo, ya no se encuentra vigente el vínculo contractual, encontrándonos al margen de los artículos 61 y 62 LC. Pero es precisamente el posible carácter no judicial de la resolución el que nos lleva a plantearnos si, aun habiéndose producido la resolución, es necesaria la declaración de la misma por el juez del concurso".

Las consecuencias son importantes puesto que si el comprador puede comunicar sin más el crédito, tendría la consideración de crédito concursal, y si ha de esperar a la declaración de la resolución, se entendería un crédito contra la masa del concurso (pues nacería cuando se declarara la resolución por el juez del concurso).

Además como bien puntualiza CAMACHO DE LOS RÍOS⁵⁸⁰, "...el crédito que ostenta el comprador frente al constructor no es privilegiado, y, en caso de insolvencia de éste, carece de preferencia".

MALDONADO MOLINA⁵⁸¹, pone de manifiesto "...acerca de la posibilidad de ejecutar las garantías contratadas para caso de incumplimiento en los supuestos de declaración concursal...ha sido resuelta mayoritariamente por la doctrina en el sentido de exigir la previa resolución del contrato por el juez del concurso".

Cuestiones distintas son que el concurso suspenda, como analiza ampliamente PULGAR EZQUERRA⁵⁸², las ejecuciones y apremios contra el

⁵⁷⁹ DIÉGUEZ OLIVA, R., "Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...", op. cit., pág. 24. Véase en profundidad la obra de PERDICES HUETOS, A. B., "Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal", Pamplona, 2005 y de CANDELARIO MACÍAS, M^a I., "Seguro de crédito y práctica concursal", *Dykinson*, 1999 y de la misma autora "El seguro de crédito: contrato de garantía, gestión y financiación frente al concurso y la morosidad", *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 2011, n^o 8.

⁵⁸⁰ CAMACHO DE LOS RÍOS, J., "Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997...", op. cit., pág. 62.

⁵⁸¹ MALDONADO MOLINA, F. J., "Póliza colectiva y póliza individual en el seguro...", op. cit. pág. 10. También SUÁREZ BILBAO, E., "Efectos sobre los contratos en el concurso inmobiliario y de construcción", en *Proceso Concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*, GONZÁLEZ NAVARRO, B. (Coord.), Valladolid, 2009 y GARCÍA VICENTE, J. R., "Seguros de caución y avales por cantidades...", op. cit.

⁵⁸² Destacable el trabajo de PULGAR EZQUERRA, J., "El tratamiento de las garantías personales en la nueva legislación concursal", en obra *"Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía"*, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005, páginas 123 a 165. Igualmente véase YANES YANES, P., "Comentario a los artículos 85 y 86 de la Ley Concursal", en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO UREBA, A./ALONSO LEDESMA, C./ALCOVER GARAU, G., *Dykinson*, Madrid, 2004, Tomo I, páginas 862 a 882.

concurado, pero no aquellas que el adquirente tenga frente a las entidades garantes; los pagos parciales realizados anterior o posteriormente a la declaración del concurso; o los efectos del convenio respecto de avalistas y otros coobligados solidarios con el concursado.

III. CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA A INSTANCIA DEL ADQUIRENTE

1. EL INICIO DE LAS OBRAS Y LA ENTREGA DE LA VIVIENDA

Si bien se ha considerado como término esencial el plazo establecido para que el promotor cumpla con sus obligaciones de inicio de obras y entrega de vivienda en aquellos contratos en los que pretenda percibir cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda o durante la misma; dicha consideración, no se ha compartido durante años, por la mayoría de los tribunales⁵⁸³.

Al respecto DÍEZ PICAZO⁵⁸⁴ afirmaba que “...continúa constituyendo, a estas alturas de los tiempos, un insondable enigma la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden permitir la formulación de una pretensión de resolución y en qué casos no ocurre así”.

Igualmente GARCÍA VICENTE⁵⁸⁵, manifestaba que “...al examinar la jurisprudencia recaída respecto a los cumplimientos defectuosos, retrasados y parciales como supuesto de resolución se ha señalado que se trata de “zonas oscuras””.

Antes de adentrarnos en la evolución jurisprudencial que al respecto se ha producido y que ha concluido en la rectificación del criterio mantenido por el Tribunal Supremo hasta llegar a sentar la nueva doctrina interpretativa del artículo 3 de la Ley 57/1968, en el sentido defendido, debemos detenernos brevemente en un aspecto que la nueva modificación de la norma reguladora ha realizado.

⁵⁸³ Véase HAZA DÍAZ, P. de la, “El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, McGraw Hill, Madrid, 1999, páginas 22 a 28.

⁵⁸⁴ DÍEZ PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L., “Los incumplimientos resolutorios”, *Thomson Civitas, Cizur Menor*, Navarra, 2005, pág. 13 y véase CLEMENTE MEORO, M., “La facultad de resolver contratos por incumplimiento”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, páginas 255 y siguientes y del mismo autor, “La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño”, Bosch, Barcelona, 2009, páginas 24 y siguientes.

⁵⁸⁵ GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario a la Sentencia de 3 de julio de 2013. Resolución de contrato de compraventa de vivienda por retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega. Indeterminación del plazo: cláusula abusiva”, *Revista de Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95/2014, Editorial Civitas, S.A., [BIB\2014\1607]. La expresión “zonas oscuras” de RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Resolución y sinalagma contractual”, *Marcial Pons*, Madrid, 2013, pág. 221. CARRASCO PERERA, Á., *en Derecho de contratos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor*, Navarra, 2010, páginas 1121 y siguientes, afirma que “...no se enuncian criterios o reglas específicas para constelaciones de casos o supuestos, sino que se remite –la doctrina jurisprudencial, una vez fijado que el incumplimiento ha de ser esencial o grave, a reglas que acusan una relevante imprecisión”.

Como ya hemos recogido anteriormente, establece la disposición adicional primera, en su apartado Cuatro, para la ejecución de ambas garantías (seguro de caución o aval solidario):

“Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.

El legislador, inoportunamente a nuestro juicio, ha eliminado la expresión con que comenzaba el artículo 3 de la Ley 57, que de forma concreta se refería al fin del plazo establecido y así rezaba: “*Expirado el plazo* de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar,...

El resto del texto es mantenido prácticamente igual, salvo dicho matiz; y decimos matiz, puesto que se sobreentiende, en la redacción actual, que la no iniciación de la construcción o la no entrega de la vivienda han de considerarse en relación con el plazo que las partes hayan fijado para que ambos momentos se produzcan.

Aunque no lo creemos relevante, pues como decimos se entiende implícito, no es muy acertado el cambio introducido por el legislador.

Adentrándonos en el análisis de las causas legales de resolución, reiteramos la clara intención del legislador (tanto en la anterior regulación como en la actual) de dotar de carácter esencial al término del plazo en las compraventas en las que se entreguen cantidades de forma anticipada.

Según lo estipulado el comprador podrá resolver, por así establecerse legalmente, el contrato de compraventa:

- a) Cuando haya transcurrido el plazo establecido para iniciar las obras y no se hubieran iniciado o bien,
- b) Cuando hubiera transcurrido el plazo establecido para entregar las viviendas y no se hubieran entregado.

Como ya indicamos, para que un incumplimiento despliegue la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria ha de ser un incumplimiento que se considere grave, esencial o sustancial puesto que en caso contrario, otro tipo de incumplimiento, generaría otro tipo de consecuencias jurídicas, pero sin virtualidad resolutoria.

El Tribunal Supremo, basándose en los Principios de Unidroit, mantiene reiteradamente que es necesaria la existencia de una conducta del incumplidor que origine la frustración del fin del contrato o malogre las expectativas de contraparte y en el caso de la compraventa, se encuentran "...entre las más lógicas expectativas del comprador... el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiesen estipulado... pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor⁵⁸⁶".

Son muchos los que afirman que el plazo de entrega de una vivienda, en principio, no constituye, un término esencial cuyo cumplimiento faculte al comprador para resolver el contrato y que solamente en caso de que así pudiera considerarse (por haberlo pactado las partes), el incumplimiento de la entrega en dicho plazo, podría facultar al comprador para resolver el contrato, en la creencia de que si una vivienda se entregase con retraso, ello, no malogra el fin último del comprador, cual es, la propia entrega de la vivienda. En este sentido, REBOLLEDO VARELA⁵⁸⁷, "...cuando el retraso no causa la frustración del fin perseguido con la celebración del contrato, al no conllevar la inutilidad de la prestación para el acreedor, no estamos ante un supuesto de resolución por incumplimiento sino tan solo de mora".

Esta doctrina sigue la tendencia de una buena parte de sentencias de Audiencias Provinciales⁵⁸⁸ y del Tribunal Supremo hasta el mencionado cambio de criterio, en las que, invariablemente, entran a valorar el alcance del retraso del plazo en el caso de la litis, en la consideración del plazo como un término no esencial de las compraventas con entrega anticipada de cantidades. Sentencias, favorables a concluir que en este tipo de compraventas, la acción resolutoria ha de ponerse en relación con la jurisprudencia sentada en interpretación del artículo 1124 CC y con la normativa general sobre cumplimiento y resolución de los contratos, con las que no podemos estar de acuerdo.

Sin embargo ya existían algunas, entre ellas la del TS de 26 de septiembre de 2002⁵⁸⁹, que argumentaba: "...En el presente caso se ha demostrado que no se entregó para tal fecha la vivienda y que el vendedor no puso en

⁵⁸⁶ STS 10 septiembre 2012 (RJ 2013, 2266). Véase al respecto GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C., "Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de Obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de consumidores", en Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz, CARRASCO PERERA (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, páginas 1275 y siguientes; y SAN MIGUEL PRADERA, L.P., "La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?", ADC, 2011, IV, páginas 1685 a 1724.

⁵⁸⁷ REBOLLEDO VARELA, A.L., "Compraventa de vivienda...", op. cit., páginas 17 y 18, que se refiere a las diferencias entre el incumplimiento que permite o no la resolución del contrato de compraventa de vivienda, señalando que "cuando el retraso no causa la frustración del fin perseguido con la celebración del contrato, al no conllevar la inutilidad de la prestación para el acreedor, no estamos ante un supuesto de resolución por incumplimiento sino tan sólo de mora (vid. STS de 22 de mayo de 2003 [RJ\2003\7148])". En esta misma línea LUQUE JIMÉNEZ, M^a C., "La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda", en *Cláusulas abusivas en la Contratación Inmobiliaria*, CAÑIZARES LASO (Coord.), Técno, Madrid, 2006, pág. 156.

⁵⁸⁸ Así la SAP Granada, Sección 3^a, de 15 de abril de 2011; y más antiguas, también de dicha Audiencia de 17 de febrero de 2006, con cita de las sentencias de 23 de enero y 10 de junio de 1996, afirman que el mero retraso no constituye un incumplimiento resolutorio, o más genéricamente que "...no cualquier retraso en el cumplimiento de la obligación es motivo de resolución contractual...".

⁵⁸⁹ [RJ\2002\8093].

conocimiento de los compradores la causa del retraso. Todo ello significa lisa y llanamente que la vendedora, se vuelve a repetir, no ha cumplido con un requisito esencial que exige el mencionado artículo 1124 del Código Civil”, sin entrar a valorar si el retraso en la entrega podía calificarse como mero retraso o como esencial.

El propio REBOLLEDO VARELA⁵⁹⁰ ya advertía que existía otra corriente jurisprudencial en este sentido que retomaba la antigua doctrina que consideraba “...la no realización de la prestación en el momento pactado...sin apenas otros requisitos, como incumplimiento con consecuencias resolutorias”.

Y es cierto que en la compraventa, la entrega de la vivienda constituye la obligación esencial y más característica del contrato, pudiendo considerarse el mero retraso de dicha obligación como un supuesto de mora y no de resolución por incumplimiento, ya que no se frustraría el fin perseguido; pero, en las compraventas de vivienda en construcción, la valoración de dicho incumplimiento y de la frustración de las legítimas expectativas y por consiguiente de su virtualidad o no resolutoria ha de ser valorada en sentido positivo, en base a la entrega de cantidades de forma anticipada y a la facultad (resolutiva “objetiva”) que el legislador le concede al comprador si no se cumple el requisito esencial del plazo.

Así ESTRUCH ESTRUCH⁵⁹¹ afirma: “...a nuestro juicio, por tanto, la Ley 57/1968, configura (legal e imperativamente para el promotor) el momento de inicio de las obras y la fecha de entrega de las viviendas con la correspondiente autorización administrativa para su utilización como una suerte de término esencial, cuyo incumplimiento autoriza al comprador a instar la resolución del contrato”.

En definitiva, criterio que compartimos, la no entrega de la vivienda en condiciones de ser usada conforme a su naturaleza⁵⁹² o el no inicio de la construcción de la misma, en el plazo estipulado por las partes, supone un incumplimiento esencial con consecuencias resolutorias en las compraventas de viviendas en las que se entreguen cantidades anticipadamente a, o durante, su

⁵⁹⁰ REBOLLEDO VARELA, A. L., “Comentario a la STS de 9 de junio de 1986” *CCJC*, núm. 11, 1986, pág. 3747.

⁵⁹¹ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit. pág. 246.

⁵⁹² Evidentemente, la entrega de la vivienda ha de ser no solo en el plazo estipulado sino con todo aquello necesario para ser usada como vivienda, por lo que compartimos junto con ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las causas legales de resolución...”, en la obra “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 246, la siguiente afirmación: “...también en el supuesto de que el promotor pretendiera la entrega de la vivienda pero sin la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación porque no se hubiera obtenido en el plazo previsto la autorización administrativa para su utilización, el comprador podrá ejercitar el derecho de resolución del contrato de compraventa, reclamando, además cuantos daños y perjuicios procedan, la devolución de las cantidades entregadas incrementadas con la aplicación el interés legal del dinero desde que se entregaron hasta que efectivamente le sean devueltas (artículo 1. 1ª en relación con los artículos 2.a), 3.I y el artículo 4 de la Ley 57/1968)”.

En este sentido, también, CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta...”, op. cit., pág. 157, entiende que la expresión legal “que la construcción no llegue a buen fin” ha de ponerse en relación con la expedición de la cédula de habitabilidad, de tal forma que sin la expedición de la referida cédula no se entendería el buen fin de la construcción.

construcción y ello, puesto que el legislador configura dicho plazo como un término esencial en las mismas.

En la actualidad, alguna doctrina⁵⁹³ establece con rotundidad: “Por tanto, la afirmación bastante generalizada de que la fecha de entrega de una vivienda no constituye un término esencial cuyo incumplimiento faculta al comprador para resolver el contrato (puesto que aun en el caso de que la vivienda se entregue con retraso dicha entrega puede continuar satisfaciendo el interés del acreedor), a la vista de lo dispuesto en la Ley 57/1968 debería ser matizada, pues no debe tener aplicación frente al consumidor adquirente de vivienda que ha entregado al promotor-vendedor cantidades anticipadas durante la construcción de la vivienda”.

Afortunada y recientemente el Tribunal Supremo ha abandonado la tradicional interpretación del artículo 1124 CC en relación con su aplicación en las compraventas que nos ocupan, ciñéndolo únicamente a las compraventas que queden fuera del ámbito de aplicación de la normativa especial aplicable a viviendas en construcción contenidas en la Ley 57/1968⁵⁹⁴, pues considera que según dicha ley, el incumplimiento de la obligación de entrega dentro del plazo pactado cuando se trata de compraventas con entregas de cantidades anticipadas para la construcción, da lugar a la resolución automática o por causa objetiva en aplicación del artículo 3 de la referida Ley.

La reciente sentencia de 21 de enero de 2015 concluye, rectificando el criterio de una sentencia de 1986⁵⁹⁵, que el artículo 3 de la Ley 57/1968, introduce “...una especialidad en la jurisprudencia interpretativa del más general art. 1124 CC, de modo que el retraso en el entrega de la vivienda respecto de lo pactado en el contrato, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver (“rescindir”) el contrato...”.

Y así otras sentencias posteriores, de dicho Tribunal:

- STS de 20 de enero de 2015⁵⁹⁶, que establece “...el artículo 3 de la Ley 57/68, introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del art.

⁵⁹³ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 251.

⁵⁹⁴ Evidentemente hace referencia a la Ley 57/1968, vigente al momento de la rectificación del criterio mantenido hasta entonces.

⁵⁹⁵ STS de 9 de junio de 1986 [RJ\1986\3298].

⁵⁹⁶ Sentencia nº 778/2014.

1124 CC, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.

Son razones para equiparar la «rescisión» contemplada en el art. 3 de la Ley 57/68 a la resolución contractual por incumplimiento del vendedor las siguientes:

a) El carácter irrenunciable, conforme al art. 7 de dicha ley, del derecho que su art. 3 reconoce al comprador, consistente en optar entre la «rescisión» del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o la concesión de una prórroga al vendedor.

b) El rigor con que el propio art. 3 configura ese derecho y las correlativas obligaciones del vendedor, pues si el comprador opta por la prórroga, esta deberá hacerse constar en una cláusula adicional del contrato «especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

c) El específico equilibrio contractual que el art. 3 de la Ley 57/68 introduce en los contratos sujetos a su régimen, compensando el derecho del vendedor a resolver el contrato por un solo impago del comprador (art. 1504 CC y estipulación octava del contrato litigioso) con el derecho del vendedor a resolver el contrato por el retraso en la terminación y entrega de la vivienda.

d) El desequilibrio contractual que en perjuicio del comprador supondría una interpretación diferente, pues en casos como el presente incluso se aplicaría en su contra, tal y como se pretende en el recurso, una cláusula penal pese a haber quedado probado y no haberse discutido que el vendedor incumplió efectivamente el plazo de entrega estipulado.

e) El riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor.

f) Los diversos obstáculos, molestias e inconvenientes que el transcurso del tiempo a partir de la fecha de entrega puede provocar al comprador que pretenda dirigirse contra el avalista o el asegurador, como sucedió en el presente caso cuando –la Entidad Financiera– opuso a los compradores que el aval había expirado el 30 de septiembre de 2009, por más que tal oposición careciera de fundamento alguno frente a lo que dispone el art. 4 de la Ley 57/68 prolongando imperativamente las garantías a favor del comprador

hasta la expedición de la cédula de habitabilidad y la efectiva entrega de la vivienda”.

- STS de 23 de marzo de 2015⁵⁹⁷, cuando introduce el concepto de “incumplimiento objetivo” al referirse al incumplimiento del vendedor de no entregar la vivienda en el plazo pactado.

- STS de 22 de abril de 2015⁵⁹⁸, al establecer literalmente aquello que defendíamos “...que el incumplimiento del plazo de entrega es un incumplimiento esencial...” sin mayores matices, ni valoraciones.

Recogemos el Fundamento de Derecho Tercero de la citada Sentencia:

“Sobre la alegada necesidad de una previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante, la [sentencia de 7 de mayo de 2014 \[RJ\2014\3126\]](#) (recurso nº 828/2012), relativa a un aval pero igualmente aplicable a un seguro de fianzamiento como el del presente caso, declara que «[e]l artículo 1 de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335) regula la posición del avalista como figura autónoma por lo que, una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga ya que, incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas», y establece, como doctrina jurisprudencial, que «cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335), la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil (LEG 1889, 27), debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa», doctrina que ahora se reitera.

En cuanto a la también alegada *irrelevancia resolutoria del simple retraso* en la obtención de la licencia de primera ocupación, la [sentencia de 20 de enero de 2015 \[RJ 2015, 361\]](#) (recurso nº 196/2013), interpretando el art. 3 de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335), declara que «el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de [5 de mayo de 2014 \[RJ 2014, 3290\]](#) (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha de la fecha

⁵⁹⁷ Sentencia nº 133/2015.

⁵⁹⁸ Sentencia nº 218/2015.

estipulada para la entrega», doctrina que igualmente se reitera en la presente sentencia.

Merece destacarse, además, que aquella sentencia indicaba, como una de las razones para equiparar la «rescisión» contemplada en el art. 3 de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335) a la resolución contractual por incumplimiento del plazo de entrega por el vendedor, «[e]l riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor-vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor», evento que en el presente caso se produjo unos días después de que la compradora comunicara a la vendedora la resolución de los contratos por incumplimiento del plazo de entrega.

Si a lo anterior se une *la relevancia que la licencia de primera ocupación* o «cédula de habitabilidad» tiene en la Ley 57/1968 (arts. 2 a) y 4) y la progresiva importancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala le ha venido atribuyendo como requisito que completa la entrega de la vivienda en cuanto objeto apto para el tráfico jurídico ([SSTS 10 de septiembre de 2012 \[RJ 2013, 2266\]](#), recurso nº 1899/2008, [de Pleno, 8 de noviembre de 2012](#), recurso nº 877/2010, [12 de febrero de 2013 \[RJ 2013, 2410\]](#), recurso nº 1439/2010, y [11 de marzo de 2013 \[RJ 2013, 2590\]](#), recurso nº 576/2010, la desestimación del recurso no viene sino a corroborarse, porque el retraso de más de un año en el otorgamiento de la licencia de una de las viviendas y de casi dos años en el de la otra, debido a la falta de terminación de las obras de urbanización y no sin que la promotora llegara a un convenio con el Ayuntamiento, es bien revelador de un incumplimiento de la promotora que, salvo prórroga concedida por el comprador y ajustada a los términos del art. 3 de la Ley 57/1968, determinaba la responsabilidad de la aseguradora demandada frente a la compradora demandante.

En definitiva, la sentencia recurrida se ajusta plenamente a la doctrina jurisprudencial de esta Sala fijada al conocer de recursos de casación por interés casacional que planteaban las mismas cuestiones que el presente recurso”.

- STS de 30 de abril de 2015⁵⁹⁹, que da la razón al comprador recurrente cuando aduce la especialidad que el artículo 3 de la Ley 57/1968, supone respecto de la jurisprudencia tradicional interpretativa del régimen general del artículo 1124 CC.

Así en su fundamento de Derecho segundo y tercero, sentencia:

⁵⁹⁹ Sentencia nº 237/2015.

*FUNDAMENTO DE DERECHO.
SEGUNDO.*

“...el incumplimiento de la obligación de entrega dentro del plazo pactado, cuando se trata de compraventas con entregas de cantidades anticipadas para la construcción, da lugar a la resolución automática o por una causa objetiva en aplicación del art. 3 de la Ley 57/1968, abandonando la tradicional interpretación del art. 1124 CC, solamente válida para las compraventas que queden fuera del ámbito de aplicación de la referida norma”.

*FUNDAMENTO DE DERECHO.
TERCERO.*

“...de modo que el retraso en la entrega de la vivienda respecto de lo pactado en el contrato, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver («rescindir») el contrato.

No obstante, la propia sentencia de 21 de enero de 2015 puntualiza que la doctrina que establece «no excluye que la "rescisión" o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador»”.

Debe recordarse que dicha interpretación de incumplimiento “objetivo” del vendedor ha de mantenerse, no solo por no entregar la vivienda en plazo sino también por no iniciar las obras de la construcción en el plazo pactado en el contrato y aunque no es habitual encontrar resoluciones judiciales en este sentido, resaltamos una sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 2 de marzo de 2001, por la claridad meridiana con que se expresa, pues en la misma dispone que el “...retraso de entidad en el comienzo de las obras..., integra motivos de resolución al amparo del art. 1124 CC; pero también bajo la cobertura de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; ...que recoge como causa expresa de resolución, la expiración del plazo de iniciación (art. 3)”.

En definitiva, concluimos:

- Por un lado, que el plazo en este tipo de compraventas ha de considerarse un término esencial, de tal suerte que si el mismo no es respetado en el cumplimiento de la obligación de inicio de obras o entrega de vivienda, activa un mecanismo de resolución automática a favor del comprador afectado por dicho incumplimiento.

- Por otro, y como veremos a continuación, que el incumplimiento de dichos plazos, son las únicas causas legales de resolución del contrato de compraventa de viviendas con entrega de cantidades anticipadas a, o durante⁶⁰⁰, la construcción de la misma a favor del adquirente.

En relación con las causas legales de resolución definidas anteriormente, se vuelve fundamental determinar cuándo y cómo se entiende cumplido en plazo ambas obligaciones: qué debe entenderse por “entrega” de la vivienda y cuándo se considera que el “inicio” de las obras se ha producido, puesto que habrá de valorarse si se cumplen con todos los requisitos exigidos en plazo, o no.

A) EL NO INICIO DE LAS OBRAS EN EL PLAZO ESTABLECIDO, COMO TÉRMINO ESENCIAL DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA A INSTANCIA DEL ADQUIRENTE

Con respecto a cuándo considerar que ha empezado la obra y que el plazo establecido para el inicio de la misma se ha cumplido, entendemos, como la mayoría de la doctrina, que las obras se han de entender iniciadas en la fecha en que sea firmada por el constructor, el arquitecto director de obra y el arquitecto técnico -que asume la ejecución de la obra-, el acta de replanteo⁶⁰¹, puesto que será el momento en que se compruebe sobre la realidad física del solar (y se deje constancia de ello y de la fecha en que se realiza), que el proyecto arquitectónico elaborado, se adecua a la concreta construcción prevista⁶⁰². En este sentido, FELIÚ REY⁶⁰³, afirma que el acta de replanteo tiene “naturaleza de acto de comienzo de la ejecución del contrato”.

B) LA NO ENTREGA DE LA VIVIENDA EN EL PLAZO ESTABLECIDO, COMO TÉRMINO ESENCIAL DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA A INSTANCIA DEL ADQUIRENTE

Como ya indicamos en capítulos anteriores, a nuestro juicio, esta Ley pretende la protección no tanto del consumidor, que también, sino de un bien

⁶⁰⁰ Actualmente sustituida por la expresión “anticipadas para la construcción”.

⁶⁰¹ También denominada acta de comienzo (artículos 11 a 13 de la LOE) o de tira de cuentas.

⁶⁰² Entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación”, Madrid, 2000, pág. 350-351, considerando el replanteo como el momento en que se inicia la obra; ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías...”, op. cit., pág. 257.

⁶⁰³ FELIÚ REY, J., “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, PAREJO ALFONSO, L., (Dir.) Madrid, 2001, pág. 232. También puede verse CORDERO LOBATO, E. “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/GONZÁLEZ CARRASCO, 2ª edición, Pamplona, 2001, pág. 242 y también, ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., “Comentario al artículo 5”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 1999, pág. 112.

esencial y recogido como derecho constitucional, cual es, el de disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Y salvando dicho concepto constitucional de vivienda es como ha de interpretarse la “entrega” de la misma en el plazo establecido. Debe existir, por ello, una entrega física de la vivienda con la correspondiente licencia administrativa⁶⁰⁴, con carácter previo y obligatorio a la ocupación de la misma y en perfectas condiciones para ser utilizada como tal, pues dicho requisito, el de la licencia administrativa, no es un elemento irrelevante sino que es un elemento accesorio de trascendental importancia para el cumplimiento efectivo de la obligación principal de entrega de la vivienda.

Numerosas sentencias avalan esta argumentación y así, no se considerará entregada la vivienda:

- Si se hubiera otorgado la correspondiente escritura pública de compraventa, pero no la entrega física de la vivienda⁶⁰⁵:

“...pues lo que tuvo como acreditado, entre otros hechos, fue «que no obstante haber otorgado la entidad transmitente escritura de venta de los inmuebles en cuestión a favor del reclamante, la entrega de las viviendas a Don..., no se efectuó dentro del plazo estipulado...»”.

- Si se hubiera otorgado la correspondiente escritura pública de compraventa, sin la correspondiente autorización administrativa⁶⁰⁶:

“...pues lo que tuvo como acreditado, entre otros hechos, fue “que no obstante haber otorgado la entidad transmitente escritura de venta de los inmuebles en cuestión a favor del reclamante,...las cédulas de habitabilidad también fueron entregadas con posterioridad...””.

⁶⁰⁴ La Licencia de Ocupación se emite una vez comprobado que el edificio se ha ejecutado de conformidad con las condiciones que se impusieron a la correspondiente licencia de obras y de conformidad con el proyecto arquitectónico que ese presentó para solicitar dicha licencia de obras. Y la Cédula de Habitabilidad se emite una vez comprobado que el edificio cumple las condiciones de habitabilidad necesarias para ser destinado a morada humana; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a, “La seguridad del consumidor...”, op. cit., páginas 86 y siguientes.

Sin embargo, las comunidades autónomas (que han asumido competencias en materia de viviendas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 148.1.3º y 149.3º de la CE) han refundido las dos finalidades eliminando la cédula de habitabilidad y dejando el de licencia de ocupación exclusivamente, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁶⁰⁵ STS de 23 de marzo de 1990 [RJ\1990\1720].

⁶⁰⁶ La misma STS citada anteriormente de 23 de marzo de 1990.

- Si se hubiera emitido la certificación de finalización de obra pero no la correspondiente autorización administrativa⁶⁰⁷.

“...una cosa es la conclusión de obra, que se acredita mediante la correspondiente certificación facultativa y otra muy distinta es el libramiento de la cédula de habitabilidad, que incumbe a la Administración y autoriza para usar el inmueble”.

Así, algunos autores y, en concreto REBOLLEDO VARELA⁶⁰⁸, afirman: “La vivienda no se puede considerar concluida y lista para la entrega por la simple terminación de la construcción del edificio y el correspondiente certificado final de obra, sino una vez obtenidas las licencias administrativas correspondientes respecto de sus uso y, en general, tal es la posición de la jurisprudencia”.

Pese a todo ello, existen numerosas sentencias relativamente recientes, pero dictadas con anterioridad al cambio de criterio que seguidamente comentaremos, que matizan los efectos jurídicos del retraso en la obtención de dicha licencia administrativa, diferenciando si se trata de un mero retraso⁶⁰⁹ o se constata que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable⁶¹⁰; o como resume DÍAZ MARTÍNEZ⁶¹¹, sentencias en las que se considera que “...no ha de tener el mismo efecto en el mantenimiento de la eficacia del contrato, sin perjuicio de otras eventuales consecuencias jurídicas, el que la promotora acredite que la falta de licencia de primera ocupación obedece a una simple demora y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento, que, el que la falta de licencia esté acompañada de la probada existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas, lo que genera para el comprador una razonable frustración de las legítimas expectativas que tenía al contratar”.

Pese a ellas, el Tribunal Supremo, ha sentado como doctrina jurisprudencial, en su reciente sentencia de 30 de abril de 2015⁶¹², la importancia de la entrega de la licencia administrativa en plazo y así:

“También tiene razón el recurrente...cuando invoca la relevancia de la licencia de primera ocupación para el cumplimiento íntegro por el vendedor de su obligación de entregar la vivienda”. Lo que además, continúa, “...se ha venido reconociendo por la doctrina más reciente de esta Sala en materia de compraventas de vivienda (p. ej., de 14 de

⁶⁰⁷ STS de 30 de noviembre de 1984.

⁶⁰⁸ REBOLLEDO VARELA, A. L., “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador...”, op. cit., pág. 27.

⁶⁰⁹ Y por consiguiente, no lo dotan de carácter resolutivo: STS (Pleno) 10 de septiembre 2012, [RJ\2013\2266].

⁶¹⁰ Entendiendo que la falta de licencia, era causa de resolución de la compraventa: SSTS 11 marzo de 2013, [RJ\2013\2590], de 20 de marzo de 2013, [RJ\2013\4594] y 10 de junio de 2013, [RJ\2013\3944] y [RJ\2013\4624].

⁶¹¹ DIAZ MARTÍNEZ, A., “La Resolución de la compraventa de vivienda...”, op. cit., pág. 8.

⁶¹² TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 237/2015 de 30 de abril, [RJ\2015\1363].

noviembre de 2013, recurso n° 1770/2010, y 28 de abril de 2014, recurso n° 238/2012)”.

En conclusión, si el promotor-vendedor pretendiera otorgar la escritura pública de compraventa sin poner simultáneamente a disposición del comprador la vivienda físicamente – porque no estuviera terminada – o sin la necesaria autorización administrativa, no se entendería cumplido el requisito de entrega en plazo de la vivienda. Y en consecuencia, se abriría la posibilidad para el comprador de instar la resolución y de ejecutar la garantía contratada, pues no debe olvidarse que para la cancelación de la garantía, como ya hemos analizado, se exige tanto que se acredite la entrega de la vivienda, como que se haya expedido “...la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo correspondiente...”⁶¹³; no cumpliendo el promotor, con dicha obligación de entrega en el marco de la LOE, hasta que realiza la entrega física (y otorga la escritura pública de compraventa) y la correspondiente autorización administrativa.

2. LA CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS Y LA APERTURA DE LA CUENTA ESPECIAL

Para adentrarnos en el ampliamente debatido asunto de si el incumplimiento de la obligación de constituir las garantías fijadas por la norma ha de considerarse como esencial o leve, es fundamental, llamar la atención sobre cómo establece dicha obligación el legislador y así podemos apreciar que lo hace de forma conjunta a la obligación de abrir una cuenta especial donde se ingresen las cantidades anticipadas; siendo ambas, y no una sola de ellas, las dos condiciones impuestas, por el legislador, al promotor de viviendas que perciba dichas cantidades.

A simple vista, puede parecer que la condición del otorgamiento de la garantía es más favorable al comprador y no puede valorarse de otra manera pese a las bondades de la apertura de la cuenta especial y su control con respecto a los ingresos y disposiciones, puesto que ante el incumplimiento del promotor de la obligación de cumplir en plazo con sus obligaciones (tanto la del inicio de las obras, como la entrega de la vivienda), el comprador, tendrá a un garante obligado a la devolución de las cantidades anticipadas, al margen del promotor-incumplidor, que es también obligado pero incumplidor de la obligación principal y del no podrá esperarse, en principio al menos, aunque no tiene por qué ser así, el cumplimiento inmediato de la devolución de dichas cantidades anticipadas.

Sin embargo, debemos resaltar que si las pólizas flotantes o las líneas de avales se encuentran contratadas y las cantidades ingresadas en la cuenta especial, carecerá de sentido instar la resolución por no tener las garantías individualizadas en virtud de la postura defendida sobre la convicción de que la

⁶¹³ Apartado Cinco de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación.

devolución de dichas cantidades se encontraría, en todo caso, cubierta por las entidades garantes.

Por ello la consideración de dichas condiciones como esenciales o accesorias ha de ser común de ambas.

La falta de otorgamiento de las garantías y de sus consecuencias ha originado ríos de tinta en un sentido y el contrario. Por un lado, en el sentido de su consideración como obligación accesoria y por consiguiente, sin entidad resolutive del contrato de compraventa; por otro, en su consideración de incumplimiento esencial por parte del promotor que abre la puerta al adquirente para instar la resolución contractual.

Gran parte de la Doctrina y de los tribunales, mantienen que la Ley 57/1968 faculta al comprador a instar la resolución del contrato de compraventa, ante el incumplimiento por el promotor-vendedor de la obligación establecida en la norma respecto al otorgamiento de las garantías, puesto que las consideran esenciales y por ende, con facultad resolutive. Sin embargo, por todo lo ya manifestado, no compartimos dicho criterio y ello, puesto que si bien son fundamentales para que el mecanismo instrumentado por el legislador funcione perfectamente, no puede decirse que sean “esenciales” sino más bien “acesorias”, con las implicaciones que ello conlleva que no es que su incumplimiento pueda facultar para resolver el contrato de compraventa, al menos en principio, puesto que el legislador no lo ha establecido propiamente así, como sí lo ha hecho con el plazo.

No es que no sean obligaciones legales, de imperativo cumplimiento por el promotor, pero no dotadas legalmente de ese carácter esencial con efectos resolutive y menos con efectos resolutive automáticos, como en el caso del plazo.

Peregrinamente, algunas antiguas sentencias, entre otras la STS de 9 de junio de 1986, señalaban que la Ley del 68 era una ley predominantemente administrativa, motivo al que achacaban la falta de entidad resolutive al incumplimiento de estas obligaciones legales (de ingreso de las cantidades entregadas anticipadamente en la cuenta especial y de garantía de la devolución de las mismas). Sin embargo, no compartimos dicha argumentación ni creemos que ese sea el motivo por el que no tengan entidad resolutive dichas obligaciones legales.

No consideramos que la obligación de constituir las garantías fijadas por Ley, tenga un carácter esencial y su incumplimiento, efectos resolutive como tampoco consideramos la posibilidad de que el incumplimiento de la obligación de abrir la cuenta especial e ingresar en ella las cantidades anticipadas, revista tal entidad que su incumplimiento tenga un alcance resolutive del contrato de compraventa.

En nuestra opinión, ambas condiciones previas fijadas por el legislador como de obligado cumplimiento no tienen el carácter de esenciales; además de por lo ya argumentado, porque el legislador establece al mismo nivel la

obligación de garantizar las cantidades mediante seguro de caución o mediante aval solidario y la de abrir una cuenta especial e ingresar en ella todas las cantidades anticipadas y no imaginamos que pueda instarse la resolución por esta causa.

La modificación operada en la disposición adicional de la LOE en julio del año 2015 si bien se preocupa de regular los requisitos que deben reunir las garantías para que sirvan como tales garantías para la devolución de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, sin embargo, no introduce ninguna estipulación que revele claramente la naturaleza (accesoria o principal) de las mismas con respecto al contrato de compraventa.

Lo que sí hace es modificar el tenor recogido en la Ley de 1968 sobre las infracciones a aplicar ante los incumplimientos de las obligaciones que disponía la mencionada Ley, que ya fue modificada por la disposición adicional primera de la LOE en el año 99, estableciendo claramente que: “El incumplimiento de la obligación de constituir la garantía... dará lugar a una sanción de hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas...”, además de establecer que el incumplimiento de las obligaciones impuestas, también constituye “... infracción en materia de consumo... sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones...” y determinar que “Además de lo anterior, se impondrán al promotor..., las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación”⁶¹⁴.

Realmente el legislador, con la última modificación, deja claro, por un lado que no tienen alcance resolutivo, pero por otro, que no otorga la misma consideración a ambas condiciones.

En cuanto a la doctrina del Tribunal Supremo hemos de indicar que en recientes sentencias adoptó el criterio del alcance resolutivo de ambas condiciones y así puede apreciarse en una sentencia de 25 octubre 2011 [RJ 2012, 433], núm. 706, el principio general de que:

“...la omisión del aval o de la garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, artículo uno de la citada Ley 57/68, implica una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o esencial”.

Recientemente el Tribunal Supremo, ha dado un giro a este criterio y no valora en idéntica forma una y otra condición, pues con respecto a la cuenta especial, elimina cualquier relevancia que pueda tener su apertura e ingreso en ella o no, de las cantidades anticipadas, mientras que al referirse a la obligación de constituir las garantías mediante seguro de caución o aval solidario, le impregna

⁶¹⁴ Apartado Siete de la disposición adicional primera de la Ley del 99.

un carácter esencial. Así encontramos la sentencia de 20 de enero de 2015⁶¹⁵, que establece:

“Así, en primer lugar, sobre el carácter accesorio, por el contrario, esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68) es doctrina jurisprudencial reiterada que se trata de una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011 (RJ 2012, 433), rec. 588/2008, 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 914), rec. 1044/3126), rec. 828/2012”.

Igualmente del Tribunal Supremo, otras en el mismo sentido, otras sentencias anteriores:

Sentencia de 11 de abril de 2013, núm. 221/2013, [RJ\2013\3490]:

“En efecto, en la actual doctrina jurisprudencial ya no puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como una obligación meramente accesorio del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de una infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo. Por el contrario, la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha esforzado recientemente en orden a configurar el fundamento contractual de esta figura y su correspondiente imbricación en el contrato celebrado, al igual que ha hecho con la licencia de primera ocupación.

Este desarrollo jurisprudencial se ha llevado a cabo de una forma progresiva. Así, en lo que podemos denominar como primera fase, STS 25 octubre 2011 (núm. 706, 2011) (RJ 2012, 433) esta Sala ya resaltó, como principio general, que la omisión del aval o de la garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, artículo uno de la citada Ley 57/68, implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o esencial.

Posteriormente, en una segunda fase, en la ya citada STS 10 diciembre 2012 (núm. 731, 2012) (RJ 2013, 914), se profundizó en la configuración contractual de la figura declarándola, por una parte, como obligación esencial del vendedor, y por la otra, determinando su régimen de aplicación conforme al contexto de las obligaciones recíprocas, como son las derivadas del contrato de compraventa, de forma que la resolución del contrato a instancia del comprador por

⁶¹⁵ STS nº 778/2014, [RJ\2015\1553].

incumplimiento de dicha garantía dependerá de que, en verdad, subsista dicha reciprocidad o, dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o continuidad de la garantía”.

Sentencia de 7 de mayo de 2014, núm. 218/2014, [RJ\2014\3126]⁶¹⁶, que se hacía eco de lo dictado por la Sentencia de 25 de octubre de 2011, núm. [RJ\2012\433]:

“Sobre el particular ha declarado la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2011 (RJ 2012, 433), rec. 588 de 2008:

«Como principio general, procede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial...»”.

"El aval pretende asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores, en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada (preámbulo de la Ley 57/1968), previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando. Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución"

Y es cierto que las consecuencias del incumplimiento de una y otra, en principio, no son idénticas en relación con la finalidad de que el comprador recupere las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, puesto que:

- Si el promotor incumple la obligación de constituir garantías, el funcionamiento del mecanismo fijado por el legislador decae, pues en este caso el comprador sólo podría esperar/lograr la recuperación de las cantidades anticipadas de un promotor que ya es incumplidor por no haber entregado las viviendas en plazo o haber iniciado las obras en el momento pactado, mientras que,
- Si el promotor incumple la obligación de abrir la cuenta especial o ingresar las cantidades anticipadas en la misma, pero sí cumple con la de constituir las garantías, el mecanismo “doble” previsto por el legislador, que consiste en recuperar las cantidades

⁶¹⁶ Sentencia dictada por la Sala de lo Civil constituida en Pleno.

anticipadas, bien del promotor, bien del garante, seguiría funcionando perfectamente. Esto es, el comprador tendría dos obligados solidarios para obtener la devolución de las cantidades anticipadas: el garante y el promotor incumplidor de sus obligaciones (ya reiteradas) en los plazos estipulados.

Sin embargo e inexplicablemente a nuestro juicio, carece de sentido no valorar ambas obligaciones de igual manera; puesto que, si el promotor cumple con la obligación de abrir la cuenta especial y no con la de constituir las garantías, la entidad financiera que no haya exigido para la apertura de dicha cuenta que las garantías estén constituidas previamente, lo hará “bajo su responsabilidad”. En este supuesto, para que pueda exigírsele a la entidad financiera la responsabilidad de devolver dichas cantidades, será imprescindible que dichas cantidades, efectivamente, se hayan depositado en la cuenta especial, pues lo contrario no sería ajustado a Derecho; perdiendo de esta forma, el comprador, otra garantía más que el legislador le ofrece en esta tuitiva Ley.

En definitiva, el derecho de resolución del comprador y por ende, el derecho a la devolución de las cantidades anticipadas, protegidos por la Ley 57/1968, anteriormente y actualmente por la Ley de Ordenación de la Edificación, no depende de que el promotor vendedor haya cumplido con sus obligaciones legales de apertura de cuenta especial y garantía de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador, como tampoco dichas obligaciones pueden considerarse causas legales de resolución del contrato de compraventa, pues no han sido fijadas como tales por el legislador.

Lejos del alcance resolutivo que el Tribunal Supremo da al incumplimiento de la constitución de las garantías por el promotor, a nuestro juicio, en la medida en que mantenemos que la obligación legal de otorgar las garantías es una obligación accesoria, el comprador podría negarse a realizar su prestación de seguir anticipando cantidades, siempre que acreditara previamente el incumplimiento de la otra parte⁶¹⁷; tendría derecho, el comprador, al tratarse de una obligación recíproca, a que sea, como afirma MONTÉS PENADÉS⁶¹⁸, “...aplicada la excepción de contrato incumplido (*exceptio non adimpleti contractus*)...”.

En este sentido se pronuncian algunas sentencias⁶¹⁹ que fijan acertadamente que en caso de que el adquirente suspenda los pagos a los que se comprometió, por no cumplir el promotor su obligación de entregarle las garantías individualizadas, no elimina la posibilidad de que el comprador satisfaga el precio pendiente (que debió ser anticipado y no se anticipó) en el momento de la entrega de la vivienda terminada, a la firma de la correspondiente escritura de compraventa.

⁶¹⁷ En este sentido la STS, de 16 de abril de 2004 [RJ\2004\3261].

⁶¹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. L., “La defensa del derecho de crédito”, en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y contratos, Valencia 2001, págs. 164 y ss. y ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 221.

⁶¹⁹ SAP Guipúzcoa, de 9 de febrero de 2006, [RJ\2007\133017].

Aunque también otras⁶²⁰, que comparten que no tiene carácter resolutivo el incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades, no comparten que ello justifique la suspensión de los pagos a los que viene obligado el comprador y concretan:

“...si la falta de prestación de la garantía no puede considerarse en atención a los expuesto, como conducta determinante de incumplimiento contractual resolutorio, por idénticas razones a las apuntadas, tampoco puede operar como causa justificativa de la suspensión del pago del precio aplazado”.

Desde nuestro análisis, dicha solución dejaría indefenso al comprador sin poder obtener las garantías fijadas por ley y sin poder suspender los pagos cuya devolución deberían, igualmente, garantizarse.

Pese a todo, esta suspensión coloca al comprador en una situación delicada y puede provocar soluciones no deseadas por el comprador, verbigracia, que el promotor resuelva unilateralmente, procediendo a la venta de la vivienda a un tercero que, si actuó de buena fe, estaría protegido por la normativa aplicable⁶²¹, siendo imposible atacar dicha venta, que, en todo caso, frustraría el fin del comprador originario⁶²².

Así entendemos que no es como continúa sentenciando el Supremo, en la ya citada STS de 20 de enero de 2015, que el incumplimiento del vendedor “... facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011 (RJ 2012, 433), rec. 588/2008, 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 914), rec. 1044/3126), rec. 828/2012)”, sino que en caso de incumplimiento del promotor de la obligación de constituir las garantías, el incumplimiento del comprador de su recíproca obligación de seguir anticipando cantidades no abriría la puerta al vendedor para instar la resolución de la compraventa, pero tampoco permitiría al comprador instarla.

Nos encontraríamos, así, ante una compraventa con algún pago anticipado (suponemos que al menos alguno, se habrá realizado), en la que no se han anticipado más cantidades puesto que no se ha entregado garantía de devolución, sin que promotor ni comprador estén facultados para, en principio, instar la resolución y que llegado el momento del plazo de entrega de la vivienda, sin que se produzca, seguirá expedita la facultad del comprador de instar la resolución “objetiva” y recuperar del promotor las cantidades, pues al menos, se hizo entrega de alguna cantidad de forma anticipada. Si llegado el caso, el

⁶²⁰ SAP Pontevedra, de 23 de marzo de 2007 [RJ\2007\263993].

⁶²¹ Artículo 1473 CC y 34 LH.

⁶²² Al respecto, es interesante analizar los siguientes trabajos: CANO TELLO, C. A., “El art. 1473 del Código Civil y la inscripción registral”, páginas 274 y siguientes; MOLINA GARCÍA, A., “La doble venta a través de la jurisprudencia”, *Editorial Montecorvo*, Madrid, 1975; ALBALADEJO GARCÍA, M., “Pluralidad de ventas de una misma cosa”, en *Estudios Batlle Vázquez*, Edersa, Madrid, 1978, páginas 19 y siguientes. PETIT SEGURA, M. A., “La doble venta y la doble disposición de la misma cosa”, *Signo Impresió Gráfica, S.A.*, Barcelona, 1990 y RUBIO GARRIDO, T., “La doble venta y la doble disposición”, *Editorial J. M. Bosch*, Barcelona, 1994.

vendedor cumpliera con la obligación de entregar la vivienda en perfectas condiciones para ser considerada como tal, el comprador vendría obligado al pago íntegro del precio en el momento de la entrega descontando aquel importe que se hubiera anticipado.

En el supuesto, de que firmado el contrato no se entregaran garantías en ese momento y por consiguiente, no se abonara ninguna cantidad anticipadamente por el comprador (supuesto difícil de imaginar puesto que en caso de negativa del comprador a dar la entrada o primer pago anticipado, suponemos que no se firmaría el contrato), nos encontraríamos ante una compraventa sin cantidades anticipadas a o durante la construcción de la vivienda, no amparada por la Ley 38/1999 (antes Ley 57) y sin la facultad de resolución “objetiva” para el supuesto de que exista algún retraso en la entrega de la vivienda con respecto al plazo pactado; sí entraría, el juego del artículo 1124 del CC, valorándose la entidad del retraso en el plazo, para declarar su alcance, resolutive o de mera mora.

Creemos, en conclusión, que el incumplimiento de las obligaciones de la Ley se configura como infracciones sancionables en distintos órdenes jurídicos, lo que unido a la doctrina jurisprudencial que interpreta la posibilidad por el adquirente, de no cumplir con el anticipo del resto de las cantidades pactadas sin que ello permita al promotor-vendedor instar la resolución, son consecuencias suficientes y acordes a su importancia de obligación accesoria, dentro del referido contrato de compraventa suscrito entre promotor y adquirente⁶²³.

A otra conclusión se llegaría si la contratación de dichas garantías viniera establecida contractualmente por las partes como esencial, de tal suerte que, en caso de incumplimiento de dicha obligación por el promotor, estuviera el adquirente facultado para instar la resolución del contrato de compraventa.

Nos resta concluir únicamente, no estar plenamente de acuerdo en otorgar el carácter esencial a la constitución de las garantías y por extensión, tampoco estarlo con la atribución, a la ausencia de su otorgamiento por el promotor, de fuerza resolutive del contrato de compraventa:

En primer lugar, porque pese a la importancia de la constitución de las mismas, el legislador no les atribuye dicho carácter, como sí lo hace al plazo pactado para el inicio de las obras o entrega de las viviendas. Cuestiones distintas son: que el comprador pueda no atender más pagos parciales y posponerlos a la firma de la escritura pública/entrega de la vivienda, sin que el vendedor pueda instar la resolución por ello –su incumplimiento conlleva pues, consecuencias jurídicas de otra índole pero sin virtualidad resolutive; o que atendiendo al caso concreto, se convierta en esencial por haberse desembolsado la totalidad de las cantidades y el promotor se niegue, a petición del adquirente, a contratarlas.

Entendemos, en cualquier caso, que el alcance resolutive no lo es en el mismo plano que la resolución por incumplimiento de plazo, que es una suerte de resolución objetiva y no requiere dictamen o confirmación judicial.

⁶²³ Cuestión distinta como hemos apuntado, serían aquellos supuestos en que ya se ha anticipado la totalidad de las cantidades y que pudiera valorarse, pero como caso aislado, dicho carácter de esencial y con entidad resolutive.

En segundo lugar, porque si bien es un derecho irrenunciable⁶²⁴, sin embargo, ello no debe hacer ver en las mismas un alcance resolutorio que el legislador no le da.

En tercer lugar, porque la apertura de la cuenta especial debería ser considerada igualmente esencial y pese a que observamos alguna sentencia que así lo indica⁶²⁵ no se traduce en un criterio extendido entre los órganos judiciales sino más bien lo contrario; restando importancia a la misma.

Por último, porque el Tribunal Supremo ha argumentado que a su consideración como esencial ha contribuido la fuerza ejecutiva de la que el legislador las dota y dicha fuerza ejecutiva ha sido eliminada por el reciente legislador. Recogemos a continuación el tenor de dicha argumentación expresada en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 7 de mayo de 2014, ya citada:

“Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos”.

Esperamos que ante la reciente modificación mencionada anteriormente así como a la supresión del carácter irrenunciable de los derechos de la Ley, el criterio del Tribunal Supremo, vuelva al que en un principio argumentaba el carácter accesorio de dichas obligaciones.

En conclusión, a nuestro juicio, se trata de una obligación esencial únicamente en correspondencia con la obligación del comprador de realizar pagos a cuenta del precio, de tal forma que si el promotor no cumple con su obligación de constituir las garantías, no podrá instar la resolución porque el comprador no cumple con la recíproca de anticipar las cantidades pero, en ningún caso, con fuerza resolutoria del contrato principal de compraventa.

Finalizamos con las palabras de uno de los autores, más acertados, a nuestro juicio en sus conclusiones al respecto, ESTRUCH ESTRUCH⁶²⁶, quien aseveraba que: “...a menos que se entienda que el incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades anticipadas por los compradores afecta de modo decisivo a la economía del contrato, constituyendo un incumplimiento grave

⁶²⁴ Matizaremos más adelante, el alcance que, a nuestro juicio, ha de darse a la supresión de dicho artículo en la reciente modificación realizada.

⁶²⁵ *“Como principio general, procede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial...”- STS de 25 de octubre de 2011, núm. 706/2011, [RJ\2012\433].*

⁶²⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., páginas 230-231.

y esencial de las obligaciones principales del promotor, no podrá resolverse el contrato debido a la falta de otorgamiento de las garantías...” puesto que, “...de hecho, el coste del otorgamiento del aval bancario o de la prima del seguro por la garantía de devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas por los compradores es insignificantes comparado con el precio final de la vivienda”.

IV. LA RESOLUCION CONTRACTUAL BAJO LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En ocasiones y pese a que se produzcan los presupuestos necesarios para que el comprador pueda optar por la resolución objetiva regulada en la LOE, el Tribunal Supremo ha resuelto, de forma acertada, la imposibilidad de que la misma prospere por motivos diversos.

También el Alto Tribunal ha sentado doctrina en cuanto al carácter excepcional de la concurrencia de fuerza mayor para evitar la resolución instada por el comprador y en responsabilizar al promotor de la inexistencia de una fecha concreta para la entrega de la vivienda en el contrato de compraventa.

Evidentemente, aún no existen pronunciamientos con la nueva Ley en vigor pero, entendemos que, en los aspectos que a continuación enumeramos, no existirá ninguna variación al respecto.

1.- Cuando se aprecia mala fe del comprador

Destacamos la ya mencionada STS de 30 de abril, núm. 237/2015 [RJ2015\1363] que evidencia las consecuencias al respecto en caso de mala fe del comprador:

“...debe hacerse referencia a la sentencia, más reciente, de 21 de enero de 2015 (recurso nº 196/2013) que, tras analizar la jurisprudencia relativa a la Ley 57/1968, concluye, rectificando el criterio de una sentencia de 1986, que el art. 3 de dicha ley introduce una especialidad en la jurisprudencia interpretativa del más general art. 1124 CC, de modo que el retraso en la entrega de la vivienda respecto de lo pactado en el contrato, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver (<rescindir>) el contrato.

No obstante, la propia sentencia de 21 de enero de 2015 puntualiza que la doctrina que establece <no excluye que la “rescisión” o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador>.

En el supuesto concreto, los compradores argumentaban la falta de entrega de la vivienda en plazo así como la ausencia de entrega de avales como incumplimientos del promotor que abrían la puerta para instar la resolución. Sin embargo, el Tribunal aprecia que los compradores mantuvieron una “...actitud constantemente elusiva...” frente a los requerimientos de la promotora para la entrega de la vivienda. Igualmente, los compradores habían requerido la entrega del aval al promotor cuando carecía de sentido, por encontrarse terminada la

vivienda, unido al hecho de que el vendedor les había ofrecido la emisión de los mismos al ser requerido para ello.

Por consiguiente, el Alto Tribunal afirma que todas las actuaciones de los compradores "...en realidad encubren incumplimientos oportunistas de los propios compradores carentes de un interés jurídicamente protegible".

ESTRUCH ESTRUCH⁶²⁷, afirma que "... valdrá cualquier tipo de retraso, siempre que no se infrinja la buena fe o el comprador realice un uso abusivo de dicho derecho de resolución".

El Tribunal Supremo se ha visto obligado a pronunciarse en varios supuestos en que se exigían por los adquirentes, la entrega de la garantía oportuna (en el caso concreto, aval solidario), una vez se había terminado la vivienda y obtenido la licencia de ocupación, pues como sentenciaba⁶²⁸ el órgano judicial:

Sentencia de 17 de enero de 2013, núm. 820/2013, [RJ\2013\1819]⁶²⁹:

"Ahora bien, que la regla "*rebus sic stantibus*" pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa de una vivienda no significa que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio

⁶²⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., "Las garantías de las cantidades anticipadas...", op. cit., pág. 250. El mismo autor en "Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato", *La Ley*, núm. 7210, 2009, pág. 4. También REBOLLEDO VARELA, A., "Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado", op. cit., pág. 15.

⁶²⁸ Sentencia de 30 de abril de 2015, núm. 237/2015, [RJ\2015\1363].

⁶²⁹ Esta sentencia es muy interesante y por ello, la adjuntamos como documentación, sobre todo al hacerse eco de las tendencias de los textos jurídicos internacionales y de los principios de UNIDROIT y, así:

"Por otra parte, en la actualidad es clara una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación). Así, en el último trabajo citado se propone para el art. 1213 CC el siguiente texto, inspirado tanto en la idea de la causa negocial como en la de la asignación de riesgos:

"Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".

inferior, y, en definitiva, se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento”.

Recientemente, ha comenzado a invocarse ante los tribunales dicha cláusula como fundamento para la resolución contractual en relación con los contratos de compraventa de viviendas, en virtud de la situación de crisis económica. Es una cláusula aplicada en contadas excepciones en los contratos de tracto sucesivo por lo que dicha excepcionalidad cobra fuerza en los contratos de tracto único. Sin embargo, no se excluye totalmente en estos contratos cuando la ejecución de las prestaciones ha quedado diferida para un momento posterior.

Como al respecto indica DÍAZ MARTÍNEZ⁶³⁰, “La falta de formulación legal de la regla en nuestro Derecho y lo insólito de su aplicación en este tipo de contratación reviste de un interés especial las primeras sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular⁶³¹. De hecho se ha llegado a afirmar que el actual contexto de crisis económica ha propiciado que el Tribunal Supremo revise los criterios de aplicación de la regla a que nos venimos refiriendo...”, consiguiendo modernizar “...una institución cuya formulación había permanecido inalterada durante más de cincuenta años y facilitando, aún dentro de su excepcionalidad, su aplicación”⁶³².

Sentencia de 1 de abril de 2014, [RJ\2014\2155]:

“...la realidad social de la crisis económica impone a los tribunales de justicia la búsqueda de soluciones equilibradas que, ante contratos de compraventa celebrados antes de manifestarse la crisis pero que deban consumarse después, tengan en cuenta las circunstancias sobrevenidas que dificulten el cumplimiento de sus obligaciones por el comprador pero, también, eviten pretensiones meramente oportunistas de este de desvincularse del contrato alegando como incumplimientos esenciales del vendedor los que no sean tales”.

⁶³⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”, op. cit.

⁶³¹ Nota al pie de la cita: “Algunas de ellas aluden ya, precisamente por la falta de regulación legal, a las previsiones incluidas en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, obra de la Comisión General de Codificación, a los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales o a los Principios de Derecho Europeo de Contratos”.

⁶³² GARCÍA CEREZO, F., LUNA YERGA, A., XIOL BARDAJÍ, M., “Crisis económica y cláusula “*rebus sic stantibus*”: ¿Cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013, [RJ\2013\1819]”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 3/2013. Sobre la regla “*rebus sic stantibus*”, léase también: SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011, pág. 5.; DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, op. cit., pág. 1069; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., “Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula “*rebus sic stantibus*””, *Tecnos*, Madrid, 1990, pág. 9; CARRASCO PERERA, A. “Derechos de Contratos”, *Aranzadi, Cizur Menor*, 2010, pág. 1017.

Sentencia de 30 de abril de 2015, núm. 237/2015, [RJ\2015\1363]:

“...el comprador solo pretendía desvincularse del contrato por intereses subjetivos ajenos al contrato mismo, a su causa, sin un interés jurídicamente atendible, invocando la falta de aval como «un mero artificio» y, en conclusión, faltando en su conducta las «exigencias imperativas éticas clamadas por la conciencia social, en el lugar y momento histórico determinado» (STS 6-6-1991 [RJ\1991\4421], recurso nº 485/1989”.

En la misma sentencia, también se indica que la entrega posterior de la garantía (en este caso, se trataba de un aval solidario), no es causa de resolución del contrato.

2.- [Cuando carece de sentido por el momento en que se ejercita](#)

Acertadamente, a nuestro juicio, STS de 20 de enero, núm. 778/2014 [RJ\2015\361]⁶³³, al hablar de la doctrina interpretativa del artículo 3 de la Ley 57/68, razona que el mismo debe ejercitarse antes de ser requerido por el vendedor para la entrega de la vivienda:

“Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3290) (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aún después de la fecha estipulada para su entrega”.

El resultado en este supuesto es lógico y en cierto modo relacionado con el anterior criterio. Basándose en que la Ley 57/1968 contiene un régimen especial para las compraventas de viviendas comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, sin embargo el Tribunal advierte que la protección alcanza al comprador solo para el supuesto de que la vivienda no llegue a construirse, por lo que, si el fin perseguido por el negocio jurídico no se ha frustrado, al ser requerido el comprador para la entrega de la vivienda, antes de que éste inste la resolución del contrato, no procede ya la resolución del mismo.

Igualmente, encontramos otras sentencias del Tribunal Supremo en esta línea:

Sentencia de 30 de abril de 2015, núm. 237/2015, [RJ\2015\1363]:

⁶³³ En esta línea también, la reciente Sentencia de 22 de abril de 2015, núm. 218/2015 [RJ\2015\1357].

Ante la invocación del adquirente de la falta de aval como incumplimiento de la vendedora, establece:

“...que, terminada la vivienda y obtenida la licencia de primera ocupación, ya no tenía sentido la garantía de las cantidades anticipadas”.

“...la falta de aval de las cantidades anticipadas no puede invocarse como causa de resolución del contrato una vez que, exigido por el comprador, el vendedor se lo ofrezca...”

Sentencia de 6 de enero de 2015, núm. 759/2014 [RJ2015\2324]:

“Sin embargo, en una segunda fase ya de ejecución o realización de la prestación debida, es decir, de terminación o construcción de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente, su constitución carece de sentido o reciprocidad pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función queda embebida en el ámbito propio del cumplimiento contractual y su pertinente contraste, de acuerdo con el principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los propios actos”.

Es posible el cumplimiento de la obligación de prestar garantía en un momento posterior, sin que la falta de garantía en su momento pueda ser utilizada como simple causa de resolución contractual:

Sentencia de 19 de julio de 2013, número 498/2013, [RJ2013\5921]:

“...lo cierto es que los hechos probados no revelan un incumplimiento esencial de la parte vendedora, que se mostró dispuesta a cumplir de forma eficaz y satisfactoria en cuanto fue requerida para ello...”

3.- Cuando, antes de la finalización del plazo de entrega, las partes alcanzan un acuerdo de resolución

No es equiparable el denominado “incumplimiento objetivo” que frustra la finalidad del contrato “por causa ajena a la culpabilidad el promotor”, con el mutuo disenso entre las partes, estableciendo la STS de 23 de marzo, núm. 133/2015 [RJ2015\1158], el criterio a tener en cuenta:

“...el avalista no responde frente al comprador en caso de extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso anterior a la fecha en la que deba entregarse la vivienda”, matizando “...cuestión distinta sería que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso hubiera sido posterior al vencimiento

del plazo contractual para la entrega de la vivienda, pues en tal caso el incumplimiento del vendedor ya se habría producido, y de no cumplir él con a devolución de las cantidades anticipadas, tendría que hacerlo su garante”.

En el supuesto concreto, se enjuiciaba la vigencia o extinción de la garantía entregada por el promotor al haber acordado las partes la resolución contractual, antes de la fecha que se estipuló para la entrega de la vivienda y sin ninguna intervención de la entidad garante en el acuerdo entre promotor y adquirente, lo que provocó la extinción de la garantía. Evidentemente al resolver previamente a la fecha de entrega, no se había producido ningún incumplimiento del promotor para que entrara en juego la cobertura de la propia garantía.

4.- [Motivos de fuerza mayor alegados por promotores](#)

Numerosas sentencias rechazan como motivos de fuerza mayor: hallazgos arqueológicos, las inclemencias meteorológicas, las huelgas del sector de la construcción e incluso la muerte de un trabajador en la obra, pues las califica como “normales” y como tales, totalmente previsibles para un profesional de la construcción. Rara vez la jurisprudencia considera causa de fuerza mayor circunstancias que no sean totalmente imprevisibles, puesto que el promotor siempre pudo incrementar el plazo aunque ello implicara la pérdida de clientes que no estuvieran dispuestos a consentir el incremento del plazo para la construcción y entrega de la vivienda.

Nos remitimos en este punto al amplio análisis realizado en capítulos anteriores; sí nos parece interesante puntualizar que no creemos posible un cambio de criterio por haber suprimido el legislador la expresión “...por cualquier causa”, al hablar en el apartado que regula las garantías de los motivos a los que se deba el no inicio de la construcción o la no entrega de la vivienda en el plazo convenido. Pues como ya argumentamos, el plazo es un dato objetivo que no ha de ser cuestionado.

5.- [Cuando el promotor no establece un plazo concreto de entrega](#)

Hemos visto que, si el promotor, que es quien decide la fecha de entrega, se retrasa por cualquier causa, dicho retraso no puede perjudicar al comprador.

De igual manera y por la misma razón, tampoco puede perjudicar al comprador, que el contrato no fije un plazo de entrega de forma clara o que no haga referencia a él en absoluto. Tan solo, debe responder por ello, la parte que pudo haber establecido un plazo más conveniente para él y que, como profesional, en su mano estaba poder fijarlo con exactitud.

Así la STS de 22 de abril, núm. 218/2015 [RJ \2015\1357]: “La fijación de la fecha de finalización de las obras y entrega de la vivienda no puede estimarse como una mera aproximación o previsión, ni puede dejarse al arbitrio

de la parte vendedora, sino que constituye uno de los elementos esenciales del contrato de compraventa cuyo incumplimiento es motivo suficiente para la resolución del contrato...”.

LA CONSIDERACIÓN DE CLÁUSULA ABUSIVA

Además claro está, de la consideración de cláusula abusiva, en virtud del artículo 85.8 del TRLGDCU⁶³⁴, que establece que serán así consideradas, la cláusula que “...suponga la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario”⁶³⁵.

LA IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD

Será determinante la mención del plazo en la publicidad, aun cuando no figure expresamente en el contrato y así, el artículo 8.2 del mencionado TRLGDCU, establece: “El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en el determinación del principio de conformidad con el contrato”.

Evidentemente, ESTRUCH ESTRUCH⁶³⁶, “...esta regla no se aplicará...cuando lo establecido en el contrato sea más beneficioso para el consumidor, pues en tal caso, aplicando el principio *pro consumatore*, se entenderá que el consumidor ha consentido en la modificación de la publicidad que le es favorable”.

⁶³⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁶³⁵ Interesante analizar el trabajo de PARRA TORRES, V., “La posición del consumidor en el contrato de compraventa:...”, op. cit. También, JORDANO FRAGA, F., “La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria”, *Civitas*, Madrid, 1992 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Responsabilidades y garantías de los agentes de la Edificación”, *Lex Nova*, Valladolid, 2007.

⁶³⁶ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 268.

V. LA OBLIGACIÓN DE OPTAR ENTRE RESOLUCIÓN O PRÓRROGA DEL PLAZO

No queremos finalizar este capítulo sin referirnos a lo que denominamos la “necesaria obligación de resolver” que tiene el adquirente, sobre todo, como requisito fundamental para que pueda reclamar la devolución de las cantidades bien al promotor, bien directamente al garante.

Numerosos autores rechazan de pleno dicha necesidad y así DIÉGUEZ OLIVA⁶³⁷ afirma que “La Ley 57/1968 no exige en ningún momento para la ejecución de las garantías contenidas en la misma que quede acreditada la resolución del contrato ni judicial ni extrajudicialmente sino que resulte acreditado de modo fehacientemente que no han sido reintegradas a la parte vendedora las cantidades percibidas más el interés legal del dinero, al quedar igualmente constatado el no inicio de las obras en el tiempo establecido ni el cumplimiento de la prestación de entrega vencida ésta”.

También CARRASCO PERERA⁶³⁸ pese a manifestar que “...se da a entender que no cabe ejecutar la garantía contra el tercero si no se ejercita simultáneamente o previamente la resolución por incumplimiento...”, sin embargo afirma que “...consideramos que no debe ser esta la solución...pues basta con pedir la restitución, que (“*iura novit curia*”) sólo puede ser interpretada como el contenido de una acción resolutoria”.

Asunto nada pacífico doctrinalmente hablando que, en principio, parece haber complicado, aún más, la modificación operada en la disposición adicional de la LOE que deroga la Ley 57, al introducir cuando se refiere a la ejecución de ambas garantías, el requisito de poder dirigirse al garante “...siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta...”.

Para argumentar nuestra posición debemos acudir al principio de este capítulo y así recordar que en nuestro ordenamiento jurídico, la resolución puede ejercitarse: extrajudicialmente, mediante una declaración de voluntad no sujeta a forma y dirigida a la otra parte.

Seguíamos nuestra exposición estableciendo que la resolución fijada por la Ley, debía considerarse como una suerte de resolución “objetiva”, en cierta forma indubitada por estar referida a un hecho concreto, cual es, el establecimiento de un plazo, una fecha cierta para que el promotor cumpla con su

⁶³⁷ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...”, op. cit., pág. 23.

⁶³⁸ CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., Y GONZÁLEZ CARRASCO, C., “Garantías por cantidades anticipadas...”, en obra *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Editorial Dilex, S.L., 5ª edición. También ANDREU MARTÍNEZ, B., “Resolución por retraso en la entrega de vivienda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, junio- julio de 2003, páginas 414 y siguientes y TIRADO SUÁREZ, F. J., “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, *Revista General de Derecho*, 1995, pág. 504.

obligación de iniciar las obras o entregar la vivienda, por lo que, ante la imposibilidad de controversia ante un dato tan objetivo, no es necesario que los tribunales declaren su procedencia.

Una facultad de resolución que permitía al adquirente, en caso de que llegado el plazo sin que el promotor inicie las obras o entregue la vivienda, optar por:

- 1º- Resolver el contrato y solicitar la devolución,
- 2º.- Conceder una prórroga por escrito.

Concretamente establece la disposición adicional primera, en su apartado Cuatro, para la ejecución de ambas garantías (seguro de caución o aval solidario):

“Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.

El adquirente, por consiguiente y según establece la Ley, ha de optar entre conceder una prórroga o resolver el contrato.

Si opta por resolver y en la medida en que no se requiere que se realice judicialmente, bastará con una resolución extrajudicial; resolución que, si bien no exige forma concreta alguna, sí exige que se dirija a la otra parte. Y por lo tanto no podemos compartir la postura de aquellos que estiman como ESTRUCH ESTRUCH⁶³⁹ que “...deberá entenderse que la reclamación del comprador frente a la aseguradora o entidad avalista supone una declaración por la que este entiende resuelto el contrato de compraventa por el incumplimiento de los plazos de inicio o entrega de la vivienda por el promotor”, puesto que el contrato de compraventa ha de ser resuelto frente a la parte incumplidora y en ningún caso frente al garante, por muy solidario que este sea.

Cuestión distinta es que una vez resuelto el contrato, el adquirente decida si solicitar la devolución de las cantidades anticipadas al promotor incumplidor o bien directamente al garante; pero, en este último caso, una vez le acredite al garante que ha resuelto el contrato mediante comunicación dirigida al promotor-incumplidor.

Es cierto que el encuadre legal de la resolución se establece bajo el título de “ejecución de la garantía” y puede parecer que el legislador concede al adquirente la opción de dirigir la resolución directamente al garante solicitándole

⁶³⁹ ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 252.

la devolución de las cantidades, o bien conceder una prórroga al promotor, debiendo fijarse por escrito como cláusula adicional al contrato y especificando el nuevo plazo, pero en modo alguno puede entenderse, a nuestro juicio, que por dicho encuadre legal se exima al adquirente de resolver extrajudicialmente el contrato frente a la otra parte.

En conclusión, no lo estimamos así ni con la nueva regulación ni con la establecida en la Ley 57/1968, puesto que la resolución extrajudicial se insta, reiteramos, frente a la parte incumplidora, obligado de la obligación principal, y no frente al garante. Como bien apuntaba la STS de 27 de mayo de 2004 [RJ 2004, 4264]: "...con ello se da a entender que no cabe ejecutar la garantía contra el tercero si no se ejercita simultánea o previamente las resolución por incumplimiento...".

Cuestión distinta es si la resolución extrajudicial previa frente al promotor se requería, en la antigua normativa reguladora, para poder ejecutar la garantía o no y si ahora se exige por el legislador.

Efectivamente, en la regulación de la materia por la Ley de 1968, no parecía exigir que el adquirente tuviera que instar la resolución frente al promotor para que naciera la posibilidad ejecutar la garantía, sino que podría dirigirse al garante para la devolución de las cantidades, acreditando únicamente el incumplimiento de la obligación, por no haber sido cumplida en el plazo estipulado; acreditación fehaciente y fundamental, pues no debe olvidarse, que para que entre en juego la garantía, por muy objetiva o autónoma que sea, el garante, tendrá que cerciorarse, de alguna manera, que existe un incumplimiento del promotor, de la obligación principal, que active su obligación de responder con lo pactado – devolución de las cantidades de forma solidaria – por existir ese incumplimiento.

Así lo entendía el Tribunal Supremo, cuando establecía en su Sentencia, ya mencionada, de 22 de abril de 2015, que no era necesaria la previa resolución judicial para demandar al garante y sí que se acredite el incumplimiento tardío.

Y así venía a corroborarlo también el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley del 68 cuando dotaba de carácter ejecutivo, a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al contrato de seguro o al aval unido a un documento fehaciente que acreditara la no iniciación de las obras o la no entrega de la vivienda en plazo, para poder dirigirse judicialmente, frente al asegurador o al avalista, para el supuesto de que no se le hubieran devuelto las cantidades anticipadas.

Sin embargo, añadimos algunas consideraciones con respecto a esta interpretación:

- En primer lugar, el hecho de que el TS establezca que no es necesaria resolución judicial previa, no implica que no sea necesaria la resolución extrajudicial previa.

- En segundo lugar, que será al propio adquirente al que le interesará instar la resolución frente al promotor pues podría, como hemos visto anteriormente (vid. STS de 20 de enero, núm. 778/2014 [RJ\2015\361]), ser requerido por el promotor aún fuera de plazo, para entregarle la vivienda, en cuyo caso, se entendería por cumplida la obligación por el promotor, por no haber resuelto el adquirente, previamente, el contrato de compraventa.

- Por último, el garante, también requerirá la certeza de que el contrato ha sido resuelto y que no se ha concedido una prórroga y en este sentido, es como entendemos ha de interpretarse la necesidad de acreditar fehacientemente el incumplimiento tardío.

Las dos modificaciones operadas por la LOE en esta materia, estimamos, van en dicha dirección y así:

1º.- Suprime, por un lado, la posibilidad de instar el procedimiento ejecutivo frente a los garantes, eliminando en la nueva redacción, el contenido del apartado segundo del artículo 3 de la Ley 57 que dotaba de carácter ejecutivo al documento garante junto con aquel que, de forma fehaciente, acreditara la no iniciación de las obras o entrega de la viviendas.

2º.- Introduce, como ya hemos anticipado, en el apartado Dos de su disposición adicional primera, el requisito previo del requerimiento fehaciente al promotor para poder dirigirse frente al garante:

Referido a cantidades aseguradas por seguro de caución:

“h) En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el asegurado, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor”.

O, referido a cantidades aseguradas por aval solidario:

“b) En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al avalista el abono de dichas cantidades. Igualmente, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor”.

El problema que se plantea ahora, como ya indicamos anteriormente, es el hecho de que el legislador, pretende regular dos garantías que funcionan de

forma diferente, de una misma manera; así, mientras en el caso del seguro de caución, y debido a que el riesgo cubierto es la no devolución de las cantidades anticipadas por el promotor, deberá, evidentemente, requerirse previamente al promotor para su devolución; pero, en el supuesto de que la garantía prestada consistiera en un aval solidario, el requerimiento previo debería ser para la resolución contractual únicamente, pues la exigencia de requerir previamente al promotor para la devolución de las cantidades anticipadas, en este tipo de garantía, vacía de contenido la propia naturaleza solidaria del aval.

Además, encontramos el problema añadido de que en el supuesto del aval deberá acreditarse igualmente que las obras no se han iniciado o no se ha entregado la vivienda en plazo que es el dato objetivo en el que se basa todo el mecanismo de resolución “objetiva” planteado por la Ley y cuando entraría en juego la garantía prestada.

Puede apreciarse también, en el párrafo final, común para ambas garantías, la posibilidad de poder dirigir el asegurado/beneficiario la reclamación directamente al asegurador/avalista, cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor, en cuyo caso entendemos que deberá acreditarse, además, que dicha reclamación no ha sido posible.

Por ello, un aspecto es la resolución contractual que se ejerce frente al promotor y otra distinta la opción de ejecutar las garantías constituidas:

- En el caso de garantía prestada por seguro de caución, es evidente tener que acreditar la reclamación previa al promotor para la devolución de las cantidades, pues el riesgo cubierto por el seguro es la no devolución por el promotor. O si se prefiere de otra manera, la aseguradora sólo podrá responder frente al incumplimiento del promotor-tomador de devolver las cantidades en caso de incumplimiento.

La simple reclamación previa al promotor de las cantidades, valdría como documento que insta la resolución frente al promotor (pues como venimos indicando, no se requiere una forma concreta para ello).

- En el supuesto de garantía mediante aval solidario, deberá acreditarse tanto la resolución (para lo que servirá el requerimiento fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta), como el incumplimiento de la obligación principal. En este sentido adquiere gran relevancia la licencia de ocupación⁶⁴⁰; pues, si el adquirente acreditara al garante, haber instado la resolución contractual frente al promotor en una fecha anterior a la que constara en el certificado administrativo de que no se ha expedido dicho documento administrativo o que el mismo se ha expedido con fecha posterior a dicha resolución, el garante, ante la certeza de que no se ha

⁶⁴⁰ Cédula de habitabilidad o documento equivalente, según el caso, que faculta para la ocupación de la vivienda, expedida por el órgano administrativo correspondiente.

cumplido con la obligación principal (y que no se ha concedido prórroga), vendría obligado a atender la petición de devolución de cantidades anticipadas, por su carácter solidario junto con el obligado principal.

Cuestión distinta, en ambos casos, sería acreditar la efectiva entrega de las cantidades ya comentada en capítulos anteriores.

En conclusión, la certeza del garante ha de ser definitiva: tanto el asegurador ha de tener clara la producción del siniestro, como el avalista que existe incumplimiento de la obligación principal, pues en caso de albergar cualquier duda, el garante no atenderá la petición del adquirente. En ambos supuestos, a nuestro juicio, es necesaria la resolución extrajudicial del contrato principal.

En cuanto a la prórroga, únicamente recoger las palabras de DIÉGUEZ OLIVA⁶⁴¹, cuando afirma que "...la concesión de prórroga responde a los esquemas de la novación modificativa del contrato que necesariamente ha de ser documentada "en cláusula adicional al contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación y entrega de la vivienda", esto es, con la nueva fecha de cumplimiento. Sin embargo la prórroga del contrato de compraventa no implica de manera automática ni la del contrato de seguro ni la del aval bancario, con diversos regímenes jurídicos en este extremo y repercusiones con relación al consumidor adquirente de la vivienda".

"Una vez concedida la prórroga –afirma GUILARTE ZAPATERO⁶⁴²- ...el comprador no podrá exigir la entrega de la vivienda antes de su transcurso".

Por último, es claro que se define como una de las opciones del adquirente llegado el plazo fijado sin que el promotor haya cumplido con cualquiera de sus obligaciones ya reiteradas.

En relación con el aval solidario, es clara la aplicación del artículo 1851 del Código Civil por cuanto, pese a su carácter solidario, nos encontramos frente a una fianza, lo que implica que, "...la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza".

Así además lo entiende el legislador del 2015 que nada dice al respecto, mientras que sí lo matiza en relación a la garantía prestada mediante seguro de caución. Incluso, si por la regulación que del aval realiza el legislador pudiera considerarse que nos encontramos ante una garantía autónoma, la misma, recogería que garantizaba el incumplimiento producido en el plazo estipulado para

⁶⁴¹ DIÉGUEZ OLIVA, R., "Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...", op. cit., pág. 18.

⁶⁴² GUILARTE ZAPATERO, V., "Comentario al artículo 1851", en *Comentario al Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIÉZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L., BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, y SALVADOR CÓDERCH, P., (*Dir.*), op. cit., pág. 1849 y 1851. También véase RUBIO GARRIDO, T., "Comentario al artículo 1851", en *Jurisprudencia Civil Comentada*, PASQUAU LIAÑO, M. (*Dir.*), Tomo II, Granada, 2000, pág. 3146.

la entrega de la vivienda o inicio de las obras, por lo que, tampoco se encontraría garantizada una posible prórroga.

Con respecto al seguro de caución, la doctrina entiende de aplicación los artículos 11 y 12 de la LCS, puesto que una prórroga supone sin lugar a dudas una agravación del riesgo asumido por lo que la aseguradora podría "...rescindir el contrato previa advertencia al tomador..." y ello, pese a que el garante pueda tener un interés en la concesión de la prórroga, pues como acertadamente afirma ESTRUCH ESTRUCH⁶⁴³ "...si el plazo de entrega de la vivienda ha concluido, el comprador garantizado podría dirigirse, como hemos visto, directamente contra la entidad garante a través del juicio ejecutivo. Por lo tanto, el consentimiento de la entidad garante a la prórroga que pretende conceder el comprador le sirve también a ésta para evitar el inicio de dicho juicio ejecutivo".

También en relación a la garantía prestada mediante seguro de caución, la Orden de 29 de diciembre de 1968, en su apartado 4 d) establecía claramente:

"En el supuesto de que se concediera al contratante prórroga para la entrega de las viviendas podrá la Entidad aseguradora acceder a que continúe su garantía mediante el pago de la prima que se estipule y que habrá de satisfacer dicho contratante".

Y la reciente modificación, en el apartado Dos.1.f): "La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción de las viviendas. En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga".

Para finalizar, se establece la obligación de que la prórroga sea expresa y que se pacte claramente, pese a lo cuál ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia reciente que, aunque parezca aceptar una prórroga tácita, a nuestro juicio, no es más que la consecuencia de la necesidad de resolver expresamente el contrato con el promotor y así, en la ya mencionada sentencia de 5 de mayo de 2014, [RJ\2014\3290]:

"La compradora debió optar entre la resolución o la prórroga del contrato y cuando opta, la vendedora ya estaba en condiciones de entregar la vivienda, es decir, el contrato había sido cumplido por la vendedora (STS 4-2-2014, [RJ\2014\730], rec. 1840/2011)".

⁶⁴³ Vid. op. cit., pág. 333 y en el mismo sentido GUILLARTE ZAPATERO, V., "Comentario al artículo 1851", en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (*Dir.*), Comentario del Código Civil, t. II, Madrid, 1993, pág. 1850.

VI. TOMA DE POSICIÓN

El asunto de la resolución ideada por el legislador de 1968 y mantenida por el del 2015 no es tema baladí.

Seguirá generando opiniones que defiendan una postura concreta y la contraria, sobre la forma en que debe practicarse y sobre su obligación o no de ejercerse por el adquirente, como requisito previo para poder ejecutar las garantías contratadas por el promotor para la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente a, o durante, la construcción de la vivienda, en el supuesto de que no llegue a cumplirse, por el promotor, con la obligación de inicio de las obras o de entrega de la vivienda en los plazos fijados en el contrato de compraventa, suscrito entre adquirente y promotor-vendedor.

Abunda en ello la transformación del mercado inmobiliario de estos últimos años, pasando de una época de burbuja inmobiliaria, en la que era el promotor el interesado en instar la acción resolutoria ante prácticamente cualquier incumplimiento del comprador (para una vez dejado sin efecto el contrato, vender de nuevo la vivienda por un precio superior al convenido con el primer adquirente) y aterrizando en el estallido de dicha burbuja, en la que el interesado en instar la resolución contractual del contrato de compraventa era el propio adquirente: bien por la bajada de precios que ha experimentado el mercado, bien por falta de financiación para atender el pago, bien por cualquier otra imposibilidad sobrevenida (invocando ante los tribunales, la cláusula “*rebus sic stantibus*”)⁶⁴⁴.

Hasta que el legislador no comprenda la diferente naturaleza de uno y otro tipo de garantías a las que puede acudir el promotor-tomador-avalado, creemos que el interminable debate está servido, al no establecer claramente los requisitos para que el garante no albergue dudas en atender la petición, del adquirente-asegurado-avalado, de reintegro de las cantidades anticipadas al promotor.

Por nuestra parte, entendemos que es obligatorio instar la resolución frente al promotor con carácter previo puesto que tanto el seguro de caución como el aval solidario participan de esa naturaleza accesoria de la fianza, de tal forma que, para que entren en juego y puedan reclamarse/ejecutarse por el adquirente, es necesario se dé por resuelto el contrato principal; al margen de otros requisitos diferenciados según el tipo de garantía que se haya contratado por el promotor.

Pero además de ello, como hemos resaltado, deviene de interés para el adquirente, quien con la misma, podrá acreditar una voluntad clara de resolver, ejercida en una fecha concreta y fehacientemente demostrable.

⁶⁴⁴ Véase el interesante trabajo de DIÉZ MARTÍNEZ, A., “La resolución de la compraventa de vivienda...”, op. cit., páginas 18 a 20 y SAP Granada (Sección 4ª), sentencia núm. 188/2014, de 4 de julio [RJ\2014\252846].

Evidentemente, como hemos puesto de manifiesto, la única causa legal de resolución extrajudicial “objetiva” que abre la puerta de poder ejecutar la garantía, es la del incumplimiento, por el promotor, de los plazos fijados en el contrato de compraventa para iniciar las obras de construcción y para la entrega de la vivienda; entrega que debe ser entendida salvando el concepto de la misma del legislador constitucional, esto es, como vivienda digna y útil al uso previsto, lo que hace considerar fundamental el/los documento/s administrativo/s cualesquiera sea su denominación, que faculten para la ocupación de la vivienda, expedidos por el órgano administrativo correspondiente; pues solo con dichos documentos podrá hacerse entrega de la vivienda al adquirente, por el promotor.

El derecho de resolución del comprador protegido por la Ley del 99, con las modificaciones operadas en el 2015, no se hacen depender del cumplimiento de otras obligaciones que, si bien importantes, a nuestro juicio, su incumplimiento carece de entidad resolutoria; cuales son, la contratación de las garantías y la apertura de la cuenta especial.

Por último concluimos:

1º.- Que el plazo en este tipo de compraventas ha de considerarse un término esencial, de tal suerte que si el mismo no es respetado en el cumplimiento de la obligación de inicio de obras o entrega de vivienda, activa un mecanismo de resolución automática a favor del comprador afectado por dicho incumplimiento.

2º.- Que el incumplimiento de dichos plazos, a nuestro juicio, son las únicas causas legales de resolución del contrato de compraventa de viviendas con entrega de cantidades anticipadas a, o durante, la construcción de la misma a favor del adquirente, pues lejos del alcance resolutorio que el Tribunal Supremo da al incumplimiento de la constitución de las garantías por el promotor, consideramos, que el único alcance de dicho incumplimiento, es la imposibilidad del promotor-vendedor de aducir incumplimiento del comprador si éste no cumpliera con su obligación de seguir anticipando las cantidades pactadas.

CONCLUSIONES GENERALES

Comenzaba este trabajo de investigación con preguntas y, aunque algunas se han contestado, termina con otras que serán el origen de nuevos proyectos a desarrollar en el futuro. Ello nos revela que aunque esperamos haber conseguido el resultado perseguido con el mismo en sus inicios, a saber, ofrecer una interpretación clara del sistema legal de garantías diseñado por la Ley 57/1968, seguiremos asistiendo a debates de la doctrina en torno al mismo y se seguirá demandando una mejora de la regulación en vigor.

El método histórico crítico nos ha permitido avanzar a través de los pasos dados por el legislador y llegar a conclusiones definitivas que inevitablemente nos vemos obligados a dividir en dos bloques: aquellas obtenidas en relación al tema central de nuestro análisis, las garantías prestadas al amparo de la norma y aquellas que indudablemente, están interconectadas con ellas pero, en cierta forma, no son conclusiones directas sobre las mismas.

Dentro de las conclusiones fundamentales expondremos en primer lugar, la que podríamos calificar como principal y que consiste en que la importancia del ingreso de las cantidades anticipadas en la cuenta especial, no ha de concretarse sino en relación con el alcance de la garantía prestada por la entidad garante o más concretamente, con la posibilidad de que la póliza flotante de seguro de caución y la línea de avales puedan cubrir la devolución de aquellas cantidades anticipadas siempre que estas se hayan ingresado en la cuenta especial aunque no se haya emitido por la entidad garante, independientemente del motivo, la correspondiente garantía individualizada, sea certificado individual de seguro de caución o el propio aval solidario.

La doctrina admite e igualmente el legislador, que las garantías propiamente dichas son el certificado individual de seguro de caución y el aval solidario, sin que pueda considerarse emitida la garantía con la sola contratación, entre promotor y entidad garante, de la póliza flotante o de la línea de avales. Éstas, no legitiman al adquirente frente a las entidades garantes.

En idéntica forma es admitido y es doctrina jurisprudencial, que el ingreso de las cantidades en la cuenta especial no es fundamental para que un adquirente pueda obtener la devolución de las cantidades anticipadas si se emitió certificado individual o aval solidario.

La peculiaridad del sistema de garantías y la conclusión alcanzada consiste en que las entidades garantes pese a no haber emitido la denominada garantía individual, responderán siempre de las cantidades anticipadas que se ingresen en la cuenta especial. Sin embargo, con este sistema y sin haberse emitido las garantías individuales, la entidad garante se encontraría con la inseguridad de desconocer el límite del riesgo por el que debe responder, motivo

por el que la norma concede la facultad de consultar los movimientos de la cuenta especial a la entidad aseguradora y da por hecho que la entidad financiera garante, en tanto que entidad financiera depositaria de la cuenta especial, podrá también consultarlos. Por ello, el legislador establece que la falta de pago de la prima del seguro nunca será oponible al asegurado; no porque configure una especie de seguro o garantía gratuita, sino porque al conocer la entidad aseguradora la existencia de un nuevo asegurado por cuenta ajena, a través del ingreso de cantidades en la cuenta especial abierta, pueda reclamar al promotor el cumplimiento de la obligación de solicitar la emisión del certificado individual y el pago de la correspondiente prima, en virtud de lo pactado en la póliza flotante.

Del mismo modo, las entidades financieras podrán al tener conocimiento de un nuevo ingreso en la cuenta especial, emitir el correspondiente aval solidario y exigir del promotor el pago por dicha emisión o bien proceder al cargo, por compensación, en cualquier otra cuenta que el promotor tenga abierta en la entidad, en virtud de cláusulas que suelen incluirse en este sentido y con carácter general, en todas las pólizas financieras.

El sistema hace aguas cuando la cuenta especial no se abre o cuando la entidad financiera que se constituye como entidad garante es distinta de la entidad depositaria de la cuenta especial. Ello nos arrastra a otra conclusión anticipada al principio y que consiste en la necesidad de una nueva modificación legislativa que por un lado refuerce la importancia de la cuenta especial y del ingreso de las cantidades anticipadas en ella y por otro, que establezca la necesidad de coincidencia de la entidad financiera garante y la entidad financiera depositaria.

Y es esta, una sólida conclusión pese a que el Tribunal Supremo a través de la sentencia de 13 de enero de 2015⁶⁴⁵, ha sentado como doctrina jurisprudencial que “es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir...” y que por ello “...no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial”, ya que en todas aquellas sentencias en que se hacen responsables a las entidades garantes de la devolución de las cantidades, no se estaban enjuiciando supuestos en los que tan solo existieran las pólizas globales de las garantías, sino que siempre se había emitido el certificado individual del seguro de caución o bien, solo existía la línea de avales pero la entidad financiera que oponía el no ingreso en la cuenta especial, había consentido el ingreso de las cantidades anticipadas en otra cuenta diferente y previamente abierta al promotor, por lo que, inevitablemente, era responsable.

También hemos de concluir que la posibilidad de que las entidades garantes puedan responder cuando únicamente se ha realizado la contratación de la póliza flotante del seguro de caución o de la línea de avales por el promotor, sin que las cantidades hayan sido ingresadas en la cuenta especial, es del todo rechazable; la aceptación de dicha posibilidad se nos revela vulneradora de la naturaleza de las garantías objeto de estudio además de un equivocado traslado de

⁶⁴⁵ STS dictada por la Sala Primera de lo Civil constituida en Pleno. Fundamento de Derecho Cuarto. [RJ/2015\352].

responsabilidad del promotor a la entidad garante (ajena aún a la relación entre promotor y adquirente) sin justificación alguna.

Derivado de lo anterior, se impone la necesidad de un mayor protagonismo de la cuenta especial y su importancia en relación al juego de las garantías ideado por el legislador. Incluso, como hemos sugerido, debe analizarse la posibilidad de hacer un cambio en el orden temporal de contratación de las medidas de aseguramiento, de tal forma que sea fundamental que la cuenta especial esté abierta para la contratación de las garantías. Al respecto, deberían introducirse dos requisitos nuevos: uno, que el promotor debiera acreditar la apertura de la cuenta especial, mediante un certificado emitido por la entidad financiera depositaria, para la contratación de las garantías y, en segundo lugar, que dicha cuenta permaneciera bloqueada de ingresos hasta que el promotor no acredite la contratación de las garantías a la entidad financiera depositaria; pues estamos convencidos, que ello afianzaría en mayor medida la finalidad pretendida por el legislador y que el control de las entidades garantes y la entidad financiera depositaria, sería más difícilmente eludible por el promotor.

Hemos manifestado que este trabajo se vio sorprendido casi en sus últimos estertores por el hecho de que a principios de año, el Tribunal Supremo sentó doctrina jurisprudencial afirmando algunas de las conclusiones alcanzadas tras años de estudio. También y en mayor medida, fue una esperada sorpresa la modificación legislativa a mediados del mes de julio. Esta última, sin embargo, era la que nos confirmaba la siguiente conclusión que exponemos.

Partiendo de las dificultades encontradas por el adquirente en acreditar el efectivo incumplimiento del promotor de la entrega de la vivienda en el plazo pactado, el legislador, en la última modificación de la norma, adopta dos medidas: por un lado, la supresión del carácter ejecutivo del contrato de seguro y del aval solidario y otra, incorpora como requisito para la ejecución del aval solidario el que se “haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades anticipadas⁶⁴⁶”, eliminando con ello la característica de la solidaridad del aval. A nuestro juicio, esta modificación última no implica que el legislador pretenda que la garantía prestada por la entidad financiera garante consista en una fianza subsidiaria, sino probablemente todo lo contrario. Supone un paso adelante en la intención de configurar una especie de garantía a primer requerimiento de las denominadas documentales y que son aceptadas por la Doctrina; exigiendo para su ejecución únicamente, en principio, acreditar el referido requerimiento fehaciente.

Por otro lado, el seguro de caución regulado por la Ley 57/1968 se configura con un deber cuasi-automático del pago por parte de la entidad aseguradora ante el simple requerimiento del asegurado.

Por todo ello, podemos concluir que el legislador, indudablemente marca una tendencia clara de configurar el otorgamiento de unas garantías automáticas o a primer requerimiento de las denominadas documentales y ello, en

⁶⁴⁶ Letra b) del punto 2 del apartado Dos de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación en su redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Re-aseguradoras.

aras de obtener un inmediato cumplimiento por parte de las entidades garantes de la finalidad buscada por la ley, cual es la devolución de las cantidades anticipadas, acorde con la facultad “objetiva” otorgada al adquirente para resolver el contrato de compraventa.

Por último, la reciente modificación legislativa encuadra la norma que regulará la percepción de las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, de forma definitiva, en la Ley de Ordenación de la Edificación, en la que todos los demás seguros de caución que regula dicha Ley asumen el compromiso de indemnizar a primer requerimiento al asegurado, con lo que entendemos reforzada la tendencia a la que nos hemos referido anteriormente.

Un elemento importante y relacionado con las garantías y su ejecución, consiste en la delimitación y diferenciación entre el plazo de vencimiento y el plazo de caducidad o prescripción de la garantía y la posibilidad de cancelación de la misma. Previa a la modificación legislativa comentada y como nos ha sucedido con otras conclusiones ya extraídas anteriormente a la misma, resaltábamos la importancia de que esto constituyera una de las modificaciones a emprender por el legislador; practicándose, a nuestro juicio, en unos términos acertados. No nos extenderemos más en este sentido, pero debemos resaltar de la misma, la idoneidad del plazo de vencimiento establecido, pues aun permitiendo que se pacte uno más amplio, regula que al menos las garantías deberán cubrir el incumplimiento de las obligaciones en la fecha establecida en el contrato de compraventa para la entrega de la vivienda y no uno menor, pues ello haría inútil la propia constitución de la garantía. En idéntica forma, el ajuste temporal del plazo de caducidad del aval solidario o de prescripción del seguro de caución, de dos años desde dicha fecha de entrega, es suficiente y cumple el objetivo de evitar que la reclamación del adquirente a la entidad garante se eternice sin justificación alguna.

Tras dicha reforma, podemos concluir que, sin lugar a dudas, ello contribuirá a dotar de una mayor seguridad jurídica a todas las partes implicadas.

Finalmente, debe llegarse a la conclusión, aunque ello no esté establecido de forma clara por el legislador, que en el supuesto del incumplimiento por no inicio de las obras, debe considerarse que el plazo para reclamar por el adquirente la devolución de las cantidades anticipadas a la entidad garante es de dos años desde el incumplimiento del no inicio de las obras, al igual que el establecido para el incumplimiento de entrega de la vivienda. Sin embargo y ante la posibilidad de otra diferente interpretación jurisprudencial, el asesoramiento a las entidades garantes sería el del mantenimiento de un único plazo de caducidad o prescripción de la garantía acorde al más amplio, pues es el establecido por la Ley, a saber, el de 2 años desde la fecha pactada para la entrega de la vivienda en el contrato de compraventa.

En lo concerniente a este primer bloque de conclusiones, únicamente nos resta por manifestar no estar plenamente de acuerdo en otorgar el carácter esencial a la constitución de las garantías y por extensión, tampoco estarlo con la atribución, a la ausencia de su otorgamiento por el promotor, de fuerza resolutive del contrato de compraventa. Gran parte de la doctrina le confiere dicha

virtualidad resolutoria, incluido el Tribunal Supremo, que igualmente establece, en su reciente sentencia de 20 de enero de 2015, número 778/2014⁶⁴⁷: “...sobre el carácter accesorio o, por el contrario, esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (artículos 1 y 2 de la Ley 57/1968) es doctrina jurisprudencial reiterada que se trata de una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio”.

Los motivos de nuestro desacuerdo son:

- En primer lugar, porque pese a la importancia de la constitución de las mismas, el legislador no les atribuye dicho carácter, como sí lo hace al plazo pactado para el inicio de las obras o entrega de las viviendas.

- En segundo lugar, porque para que un incumplimiento sea considerado como esencial, la jurisprudencia ha defendido que el mismo ha de tener trascendencia para la economía establecida por las partes en el negocio jurídico y no creemos que tenga una importancia tal que impida la satisfacción económica de las partes o que pueda afectar de modo decisivo a los intereses de las mismas si se pone en relación con el importe total de la compraventa.

- En tercer lugar, porque el Tribunal Supremo, ha argumentado que a su consideración como esencial, ha contribuido la fuerza ejecutiva de la que el legislador las dota y dicha fuerza ejecutiva, ha sido eliminada por el reciente legislador.

- En cuarto y último lugar, el legislador del 2015 al modificar el apartado dedicado a las infracciones y sanciones, insiste en que el incumplimiento de la obligación de constituir las garantías da lugar a una sanción administrativa, a imponer en armonía con la normativa propia de las Comunidades Autónomas. No creemos que en modo alguno se haya pretendido interferir en la competencia legislativa exclusiva de las Comunidades Autónomas, imponiendo un límite cuantitativo a su potestad sancionadora puesto que el legislador estatal carece de título competencial para ello (y además lo salva añadiendo “...o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas”), sino que responde a su intención de asentar la naturaleza administrativa del incumplimiento de la constitución de las garantías por el promotor, negando la capacidad resolutoria de dicho incumplimiento.

Cuestión distinta y en esto sí coincidimos con la doctrina y jurisprudencia, es que el comprador podría no atender más pagos anticipados y posponerlos a la firma de la entrega de la vivienda, sin que ello faculte al vendedor a instar la resolución por dicho motivo.

⁶⁴⁷ STS dictada por la Sala Primera de lo Civil. Fundamento de Derecho Sexto. [RJ2015\361].

Dentro del segundo bloque de conclusiones procederemos a englobar aquellas que, si bien son fundamentales, guardan una relación indirecta con el tema central de nuestro trabajo de tesis.

El punto de arranque de este trabajo comenzó centrándose en el escaso rigor jurídico del legislador al recurrir con imprecisión el término de rescisión, frente al recurso doctrinal y jurisprudencial a la figura de la resolución. En puridad, no nos encontramos ante un contrato eficaz, celebrado válidamente y que a causa de una lesión injusta que el propio contrato causa, deviene ineficaz; sino ante un incumplimiento claro por parte del promotor, el cual no cumple con sus obligaciones, bien sea por no comenzar las obras o no entregar las viviendas en los plazos que se hayan estipulado por las partes.

La acción resolutoria ha de instarse para obtener la devolución de las cantidades anticipadas y por consiguiente, poder ejecutar las garantías. Por ello es fundamental, determinar el tipo de incumplimiento recogido en la norma, pues el mismo constituye el presupuesto de la acción resolutoria, así como la forma en que dicha acción se ejercita en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, atendiendo a las exigencias de la norma que regula la percepción de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas:

1.- En cuanto al primer aspecto debe concluirse que la norma de estudio contiene un régimen especial que consiste en que el retraso en la entrega de la vivienda, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del promotor que justifica la resolución del contrato por el adquirente. Dicho incumplimiento, tiene el carácter de esencial.

2.- En cuanto a la acción resolutoria, si bien creemos llegar a la misma conclusión que la doctrina jurisprudencial asentada al respecto, las interpretaciones que de dicho criterio jurisprudencial realiza la Doctrina, no caminan en el mismo sentido que a continuación exponemos.

Por nuestra parte es claro concluir de manera indubitada, que la resolución recogida por el legislador en la norma y así lo entiende la Doctrina y la Jurisprudencia, contiene una especialidad consistente en que no es necesaria la previa resolución judicial del contrato de compraventa, para que el adquirente pueda dirigirse frente a la entidad garante. Sin embargo, lo anterior no implica, a nuestro juicio, que no sea necesaria la previa resolución extrajudicial frente al promotor, como entiende la doctrina.

Llegamos a dicha conclusión por 2 motivos fundamentales:

- El primero de ellos y teniendo en cuenta el carácter potestativo de la resolución por incumplimiento, consiste en que la Doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia han mantenido que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no solo en la vía judicial sino mediante declaración de voluntad, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, por lo que podemos concluir, sin lugar a dudas, que es necesario que la resolución se dirija a la otra parte del contrato principal y no sea admisible que proceda la resolución del contrato, por la simple reclamación de la devolución de las cantidades a la

entidad garante, estando dicho criterio en consonancia, además, con la doctrina jurisprudencial dictada en el sentido de que es posible accionar la resolución “siempre que el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para la entrega de la vivienda, aún después de la fecha estipulada para su entrega”. Se confunde la solidaridad de la garantía prestada, con la solidaridad del ejercicio de la acción resolutoria, pues del requerimiento frente a la entidad garante para la ejecución de la garantía no puede extraerse la consecuencia de que se ha resuelto el contrato frente a la otra parte del contrato principal, sino tan solo podemos extraer la certeza de que se tiene dicha voluntad resolutoria pero no que se haya procedido a la misma.

- El segundo se centra en la reciente modificación del legislador, que establece como requisito para poder solicitar a la entidad garante la ejecución de la garantía, que se haya requerido de manera fehaciente al promotor, con carácter previo.

Definitivamente, la resolución regulada por la norma objeto de estudio, no es sino una resolución especial y objetiva, que podrá ser accionada por el adquirente frente al promotor aunque el retraso en el cumplimiento de los plazos establecidos en el contrato de compraventa para el inicio de las obras o entrega de la vivienda no sea especialmente intenso o relevante.

Fue en la segunda mitad del siglo pasado, como consecuencia de la comisión de abusos producidos en los contratos de compraventa de viviendas en los que se pactaba la percepción de cantidades anticipadas de los adquirentes por los promotores, cuando se promulgó una de las primeras Leyes redactadas en clara defensa de los consumidores, la Ley 57/1968.

Motivado por la situación de crisis actual y su mayor influencia en el sector de la construcción, los Tribunales de Justicia han realizado, igualmente, una amplia interpretación de la Ley en defensa de los consumidores.

Sin embargo, en el año 1999 se promulgó la Ley de Ordenación de la Edificación que introdujo unas modificaciones que, aunque en un primer acercamiento y al igual que a la mayoría de la Doctrina, nos parecieron prácticamente de trámite, en el sentido que incorporaban aspectos en cierta manera irrelevantes, tras el estudio profundizado, llegamos a algunas conclusiones sobre la realidad de aquellas modificaciones:

- La primera conclusión se refiere a la certeza de que el legislador pretendía hacer extensiva a la construcción de cualquier tipo de edificación, no solo de viviendas, la obligación de constituir garantías mediante seguro de caución para la devolución de las cantidades que los promotores percibieran anticipadamente “en forma análoga a lo dispuesto por la Ley 57/1968”⁶⁴⁸. No solo extraemos dicha conclusión de una detenida lectura del primer párrafo de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación en la redacción del año 1999 sino también, porque el legislador recoge dichas modificaciones bajo el título “Percepción de cantidades a cuenta del precio

⁶⁴⁸ Disposición adicional primera, párrafo primero, de la Ley de Ordenación de la Edificación.

durante la construcción”, sin especificar que es construcción de viviendas como sí lo hacía la Ley 57/1968.

Esta certeza nos lleva a la conclusión de que, igualmente, se pretendió que la norma se aplicara, al margen de que el destinatario final fuese un consumidor o no, “a toda clase de viviendas”⁶⁴⁹, puesto que, si como defendemos la intención era aplicarla al promotor de cualquier tipo de edificación, con más razón debía alcanzar, en base al carácter imperativo de la norma, al promotor de viviendas, aunque el destinatario final no fuese consumidor. Este planteamiento, no elimina la protección que dicho cuerpo legal ofrecía al destinatario que fuese consumidor, ya que no solo se encontraba protegido por el carácter irrenunciable de los derechos, que defendía el artículo 7 de la Ley 57/1968, sino también porque dicha protección venía amparada por la entonces vigente Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en el mismo sentido recogía la nulidad de la renuncia de los derechos de los consumidores. Igualmente, el hecho de que se haya suprimido el referido artículo en la reciente modificación de la norma, no afectará a la protección de los mismos, amparados, en cualquier caso, por la normativa vigente.

No sabemos si el legislador quiso introducir la extensión de este mecanismo a todo tipo de edificación, ni tampoco si deseaba extenderlo a la promoción de viviendas, al margen de la condición de consumidor del destinatario de las mismas, pero aunque creemos que sí, éste, es uno de esos interrogantes que se nos quedan en el aire y que el tiempo dirá el camino que se seguirá.

- La segunda conclusión, gira en torno a que la norma defiende la necesidad de que las cantidades anticipadas se ingresen en la cuenta especial y que el destino de las mismas sean las atenciones de la construcción de las viviendas para las que fueron anticipadas. Hemos podido comprobar que con asiduidad, el anticipo de las mismas, se realiza a través de la aceptación por parte de los adquirentes, de efectos cambiarios con diferentes fechas de vencimiento. De igual forma, los promotores recurren al descuento bancario de dichos efectos, produciéndose con ello dos efectos contrarios a la norma: por un lado, que no se domicilian en la cuenta especial, como les ordenaba la modificación del año 1999 y, por otro, que no se dedica todo el importe a las atenciones derivadas de la construcción, puesto que dichos efectos cambiarios sufren el descuento de aquellos gastos y comisiones propios de la operación de descuento. En definitiva, debería impedirse que el promotor pudiera descontar aquellos efectos cambiarios aceptados por los adquirentes para el pago de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas.

Este trabajo se justificaba en la necesidad de un análisis pausado y pormenorizado de la evolución doctrinal y jurisprudencial, para lograr conciliar los intereses de los adquirentes de viviendas en construcción, protegidos por una tuitiva normativa, con la seguridad jurídica de las entidades garantes sobre el alcance de las garantías emitidas en virtud de la norma reguladora. Además, intuíamos necesario servir, con nuestro enfoque crítico de la materia, como guía

⁶⁴⁹ Disposición adicional primera, letra a), de la Ley de Ordenación de la Edificación.

para los equipos comerciales y jurídicos de las entidades garantes, tanto entidades aseguradoras como entidades financieras.

A lo largo de todo el estudio se delimita de forma clara el alcance de las responsabilidades de las entidades garantes y se facilitan instrumentos y pautas de actuación mediante las que estas podrán minimizar los riesgos de una posible reclamación inesperada por no haber emitido la correspondiente garantía individualizada. Las entidades financieras deberían ser más cautas y exigir a los promotores que, salvo que la garantía prestada lo sea mediante seguro de caución, contraten exclusivamente con ellas ambas operaciones (aval solidario y cuenta especial) pues solo así, se garantizan los derechos de los consumidores adquirentes y se evita que los promotores distraigan la aplicación de la norma.

También las entidades aseguradoras han podido comprender la importancia de la facultad para consultar los movimientos de la cuenta especial, que la norma les confiere, como fórmula para conocer el importe del riesgo por el que deberán responder. Dejarán de exigir, para atender el pago de la indemnización, el ingreso de las cantidades en la cuenta especial en aquellos casos en que se emitió el certificado individual del seguro de caución, y comenzarán a exigir al promotor, el pago de la prima del certificado individual de seguro de caución, que vendrán obligados a emitir por aquellas cantidades que comprueben que han sido ingresadas en la cuenta especial y cuyo ingreso no ha sido comunicado por el promotor a la entidad garante.

En idéntica forma, las entidades financieras deberán responder por la devolución de aquellas cantidades ingresadas en la cuenta especial aunque no se emitiera el aval solidario correspondiente, siempre que ellas sean a la vez, entidades financieras garantes y depositarias de la cuenta especial.

Además, las entidades financieras deberán adoptar medidas en cuanto a la apertura de la cuenta especial, expidiendo un certificado al respecto, e incluso incorporando cláusulas en las cuentas abiertas a promotores, que no sean especiales, en las que se prohíba el uso de dichas cuentas como tales cuentas especiales; con la finalidad de evitar asumir las consecuencias del incumplimiento de una obligación que tan solo incumbe al promotor, cual es, abrir la cuenta especial.

Para finalizar, creemos que este trabajo puede servir de guía, sin haberlo pretendido al propio adquirente. Al esforzarnos porque el mismo fuera eminentemente práctico y alejado, en la medida de lo posible, de disquisiciones teóricas, ofrecemos una visión y comprensión clara del sistema ideado por el legislador y del funcionamiento de las garantías y de su auténtico alcance. De tal forma que el consumidor puede delimitar cuáles son sus derechos y de qué forma se traducen en la práctica; conociendo lo que el promotor le presenta como garantía y permitiendo que se coloque en la posición que la norma le reserva como protagonista privilegiado, en cuyo beneficio se articularon todas las obligaciones de la Ley. Forma parte de su deber, tomar conciencia de dichos derechos y ejercerlos en su justa medida frente a quien corresponda.

También las Administraciones Públicas cobran protagonismo. La necesidad y conveniencia de que existan normas que protejan al consumidor, o por mejor decir, el establecimiento de un marco jurídico apropiado para ello, es fundamental pero no suficiente. En este, como en otros muchos sectores de la vida social (salud, medio ambiente, etc.), las medidas preventivas son uno de los ejes sobre los que han de girar las políticas de defensa de unos determinados intereses. El Derecho sancionador es uno de los pilares sobre el que ha de sustentarse cualquier política que pretenda erradicar situaciones de desequilibrio contractual, pero si no se pone en relación con medidas jurídicas de otra índole (seguimiento, control, toma de conciencia, etc.), los avances serán teóricos pero no tendrán una repercusión práctica en la realidad.

Como conclusión general de esta investigación podríamos destacar que en la medida en que la actividad de promoción de viviendas no requiere medidas de solvencia y supervisión, como si las requieren otras actividades económicas, el legislador entra a regular unas exigencias de obligado cumplimiento para cualquier promotor de viviendas que pretenda la percepción de cantidades anticipadas de los adquirentes para la construcción de las mismas, acompañándolo en su camino, de otras entidades, aseguradoras y financieras, que, en cierta forma, deben controlar dicho cumplimiento y responder, mediante el otorgamiento de garantías, del incumplimiento principal del promotor, iniciar las obras o entregar las viviendas en los plazos pactados. Así mismo, configura dicho plazo como un término esencial, dotándolo de virtualidad resolutoria especial.

Definitivamente, este estudio ha supuesto un punto de inflexión en nuestra visión del sistema que ideó el legislador de la Ley 57/1968. Aunque a simple vista reunía numerosas carencias, paulatinamente se nos ha ido revelando como digno de elogio, de una gran coherencia y equilibrio entre el interés protegido y el juego de las garantías que cubren dicho interés. La regulación es paradójicamente tan simple, en cuanto a su extensión, como compleja, en cuanto al funcionamiento del engranaje ideado. Es cierto que demanda nuevas modificaciones que clarifiquen de forma definitiva distintos aspectos que aún quedan confusos y que doten de la cohesión necesaria al sistema para que el funcionamiento de las garantías sea el pretendido por el legislador, pero en modo alguno requiere modificaciones radicales como, en un primer acercamiento a la materia, habíamos reclamado. Ello nos impulsa a concluir con la siguiente máxima de Pitágoras: “El legislador debe ser el eco de la razón y el magistrado, el eco de la ley”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Instituciones de Derecho Civil II, Barcelona, *Editorial J. M^a Bosch Editores*, 1994.
“Pluralidad de ventas de una misma cosa”, en *Estudios Batlle Vázquez, Edersa*, Madrid, 1978.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. “Las bases dogmáticas de las garantías bancarias”, *RCDI*, 1996.
- ALGABA ROS, S., “La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, CAÑIZARES LASO, S. (Coord.), Madrid, 2006
- ALONSO BEZOS, J. J., “Letras de cambio. Excepciones oponibles por el deudor cambiario. *Exceptio doli*. STS nº 467/2014, de 25 de noviembre de 2014 [RJ2014\6008]”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2015, *Editorial Aranzadi, S.A.*, [BIB\2015\563].
“Compraventa civil. Resolución contractual por incumplimiento esencial, grave y definitivo del promotor. STS núm. 744/2014, de 22 de diciembre de 2014 [RJ2014\6406]”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015. *Editorial Aranzadi, S.A.*, 2015, [BIB\2015\986].
- ALONSO-CUEVILLA FORTUNY, I. y GÓMEZ DE LA SERNA, R., “El Seguro de la Construcción: un breve estudio sobre los seguros obligatorios”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 760/2008, [BIB 2008, 2155].
- ANDREU MARTÍNEZ, B., “Resolución por retraso en la entrega de vivienda. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2002”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, junio- julio de 2003.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L. de, “Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, *Tirant lo Blanch*, 1995.
“Actualidad de las Garantías Personales Atípicas”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, “La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales”, Sevilla, 1990.
- ARROM LOSCOS, R., “Comentario al art. 517”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, CORDÓN MORENO/ARMENTA DEU/MUERZA ESPARZA/TAPIA FERNÁNDEZ, (Coord.), Vol. II., Pamplona, 2001.
- AZPARREN LUCAS, A., “Hacia un Código del Consumidor”, *Consejo General del Poder Judicial*, 2006.
- BAÑO ARACIL, J., “Reflexiones en torno a la cuenta bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, CUÑAT EDO, V. y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (Dir.), 2ª edición, Pamplona, 2002.
- BARRES BENLLOCH, M^a P., “Régimen jurídico del seguro de caución”, *Editorial Aranzadi*, 1996.

- “El seguro de caución en la construcción de viviendas. Comentario a la STS de 26 de febrero de 1995”, *Revista Española de Seguros*, núm. 84, 1995.
- “El seguro de caución en la construcción de viviendas. El problema de las pólizas estimadas”, *RES*, núm. 84, 1995.
- BARRES BENLLOCH, T., “Seguro de caución: ¿Garantía personal o modalidad aseguradora?”, *Colección Jurisprudencia Práctica*, núm. 52, 1993.
- BATELLER GRAU, J., “El seguro de caución en España”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 224, páginas 875-886, 1997.
- BENAVENTE SEGORB, R. J., “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, *Revista General de Derecho (RGD)*, núm. 651, páginas 14625-14666, 1998.
- “El reparto de las cargas y de las obligaciones entre el tomador y los asegurados en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de una vivienda futura y las distintas excepciones oponibles por el asegurador”, *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 1998.
- “Reflexiones respecto de la posibilidad de realizar precontratos de seguro de caución”, *Revista General de Derecho*, núm. 97, 1999.
- “El seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura, establecido y regulado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras la entrada en vigor de la LOE”, en *Cuestiones Actuales de Derecho de Seguros*, ANGULO RODRÍGUEZ/CAMACHO DE LOS RÍOS, (Coord.), Ediciones Atelier, Barcelona, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “El concepto de consumidor”, *Manuales de Formación Continuada* núm. 34, dedicado a: *Hacia un Código del Consumidor*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- “La protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Madrid, 1987.
- BERGAMÍN SERRANO, F. J., “El seguro de caución y el primer requerimiento”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil, 2005.
- BIAGGIO GRASSO, “Breves consideraciones sobre la causa del llamado contrato autónomo de garantía”, *RdP*, 2002, páginas 149 y siguientes.
- BLANCO CAMPAÑA, J., “Aval cambiario y aval como contrato de garantía”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 7, páginas 677 a 688, 1982.
- BLANDINO GARRIDO M^a A., “El carácter vinculante del folleto publicitario y la resolución derivada de su incumplimiento”, *RdP*, núm. 4, 2000.
- BROSETA PONS, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., “Manual de Derecho Mercantil”, Vol. II, 15^a edición, Madrid, 2008.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Á., “Introducción al estudio del seguro privado”, Madrid, 1949.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995.
- “La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales”, *Instituto Nacional de Consumo*, 1994.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a, “La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles”, *Cívitas*, Madrid, 1990.

- “La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles”, 2ª edición, Madrid, 1993.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El seguro de caución. Estudio crítico”, *Editorial MAPFRE SA.*, 1994.
- “Interpretación de las cláusulas a primer requerimiento en los contratos mercantiles”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 54, 1994.
- “Seguro de caución y fianza solidaria”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3619, 1994.
- “Seguro de Caución y beneficio de excusión”, *Revista Española de Seguros*, núm. 84, 1995.
- “Armonización del Derecho de Seguros de Daños en la Unión Europea”, 1996.
- “El seguro de caución como garantía personal”, en *Tratado de las Garantías en la contratación mercantil*, *Editorial Civitas*, 1996.
- “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, *CCJC*, núm. 46, 1998.
- “Reglas Uniformes de la CCI para fianzas contractuales (PUB. CCI. Núm. 524)”, en obra *Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía*, Fundación MAPFRE\ESTUDIOS, *Atelier Mercantil*, 2005.
- CANDELARIO MACÍAS, Mª I., “Seguro de crédito y práctica concursal”, *Dykinson*, 1999.
- “El seguro de crédito: contrato de garantía, gestión y financiación frente al concurso y la morosidad”, *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, núm. 8, 2011.
- CANO TELLO, C. A., “El art. 1473 del Código Civil y la inscripción registral”, *Revista General de Derecho*, núm. 247, páginas 2477-2487, 1991.
- CAÑIZARES LASO, A., “La caducidad de los derechos y acciones”, *Editorial Civitas, S.A.*, 2001.
- CARRASCO PERERA, Á., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1990”, *CCJC*, núm. 23, 1990.
- “Fianza, accesoriadad y contrato de garantía”. *La Ley. Grupo Wolters Kluwer*, 1991.
- “Comentario a la STS de 17 de febrero de 2000”, *CCJC*, núm. 54, 2000.
- “Comentario al artículo 1851”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Pamplona, 2001.
- “Tratado de los Derechos de Garantía”, Navarra, 2002.
- “Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Thomson Aranzadi*, Tercera Edición, 2005.
- “Licencias y autorizaciones administrativas”, en *Régimen Jurídico de la Edificación*, CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., Pamplona, 2007.
- “Régimen Jurídico de la Edificación, Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación”, *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 2007.
- “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Régimen Jurídico de la Edificación*, Pamplona, 2007.
- “Derecho de contratos”, *Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor*, Navarra, 2010,
- “Ejecución de las garantías por cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Editorial Aranzadi, S.A.*, enero 2012, [BIB\2012\23576].
- “Las miserias de pagar el precio aplazado de la vivienda futura a través de letras de cambio. Comentario a la STS de 25 de noviembre de 2014”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2014.
- CARRASCO PERERA, Á. y AAVV, “Derecho de la Construcción y la Vivienda”. *Editorial Diles, S.L. 5ª Edición, Madrid*, 2005.

- CASTILLEJO MANZANARES, R., “La ejecución de títulos extrajudiciales”, Valencia, 2001.
- CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito y la protección de los consumidores. Apertura de cuenta y aval a promotores por cantidades anticipadas a la construcción y venta de viviendas”, *Otrosí (Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*, octubre 1995.
- “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, *RDU*, núm. 182, 2000.
- CLEMENTE MEORO, M., “La facultad de resolver contratos por incumplimiento”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- “La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño”, Bosch, Barcelona, páginas 24 y siguientes, 2009.
- CORCHERO PÉREZ, M. y GRANDE MURILLO, A., “La protección de los Consumidores”, *Editorial Thomson Aranzadi*, Pamplona, 2007.
- CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/GONZÁLEZ CARRASCO, 2ª edición, Pamplona, 2001.
- “La legislación civil autonómica relativa a la construcción y a la vivienda”, *InDret*, núm. 339, abril 2006.
- CORONA QUESADA GONZÁLEZ, M^a, “Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las arras”, *AC*, núm. 5/2003, [BIB\2003\554].
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., “Póliza flotante y seguro en abono”, Real Colegio de España, Bolonia, 1984.
- “Algunas consideraciones sobre la pluralidad del contrato de seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contratos de Seguro*, vol. I, páginas 499-513, 2001.
- DE ASÍS ROIG, A., “Comentario a la disposición adicional primera de la LOE”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, PAREJO ALFONSO, L. (*Dir.*), Madrid, 2001.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Derecho Civil de España”, tomo I, reimpresión, Madrid, 1984.
- DE JUAN RODRÍGUEZ, A., “Política de Seguros”, Madrid, 1950.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria”, *RdP*, núm. 22, 2009.
- DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas”, en *Derechos de los consumidores y usuarios*, DE LEÓN ARCE (*Dir.*), Valencia, 2000.
- DE ZULIANI, G., “Le Assicurazioni del credito e delle cauzioni”, Venecia, 1958.
- DEL CAÑO ESCUDERO, F., “Derecho Español de Seguros”, Madrid, 1974;
- DELGADO ECHEVARRÍA, J., “Sobre otras materias de Derecho civil: Ineficacia e invalidez de los contratos; y la fianza”, en *Elementos de Derecho Civil, II*, de Lacruz Berdejo, *Ed. Dykinson*, 2013.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de viviendas”, *AC*, núm. 14/2005 [BIB\2005\2025].
- “La Resolución de la compraventa de vivienda instada por el comprador en la reciente jurisprudencia: algunos reflejos de la depresión del mercado inmobiliario”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-mercantil n° 7/2013*. *Editorial Aranzadi, S.A.*, [BIB 2013/2202].
- DÍAZ MORENO, A., “Acerca de la transmisibilidad de las fianzas y garantías a «primer requerimiento». A propósito de la STS de 28 de mayo de 2004 [RJ\2004\3553]”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005.

- DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009-1, Editorial Aranzadi, S.A., [BIB\2009\79].
- DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., “Fundamentos del Derecho civil patrimonial”, vol. I, 2ª edición, Madrid, 1986.
- “Los incumplimientos resolutorios” Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2005.
- “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Tomo I, 6ª edición, Madrid, 2007.
- “El escándalo del daño moral”, *Thomson-Civitas*, Madrid, 2008.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Revista La Toda*, núm. 174, 2009.
- “La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción”, *Ed. Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2010.
- “La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción”, *Tirant lo Blanch*, 2011.
- “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 27, 2011.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., “Comentario al artículo 5”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Pamplona, 1999.
- EMBID IRUJO, J. M., “El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley*, Tomo II, 1986.
- “Principio indemnizatorio y póliza estimada en el contrato de seguro. Comentario a la STS 1 diciembre 1989, AR1989\8785”, en *BATALLER/BOQUERA/OLAVARRÍA*, páginas 677-683, 1989.
- “Una modalidad de garantía personal bajo forma de seguro de caución”, *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1990.
- “El seguro de caución como garantía”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Editorial Cívitas, S.A., 1990.
- “Aval, fianza y seguro de caución”, *La Ley. Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1992.
- “El consumidor ante el derecho de seguros”, en *AAVV, Estudios sobre Derecho de Consumo*, Iberdrola, Madrid, 1994.
- “La cuenta corriente bancaria en el marco de la contratación de las entidades de crédito”, en *Contratos Bancarios & Parabancarios*, NIETO CAROL, U. (Dir.), Valladolid, 1998.
- “Problemas actuales del seguro de caución”, *Revista española de seguros*, vol. 1, núm. 121, pág. 7-35, 2005.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, Sección Varia, primer semestre 2010.
- ESPIGARES HUETE, J.C., “Actualidad y vigencia práctica de las garantías a primer requerimiento en la reciente jurisprudencia”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 92, octubre-diciembre 2003.
- “Aspectos fundamentales de la problemática actual sobre las denominadas garantías “a primer requerimiento” (Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas y otras cuestiones)”, en la obra “Las Tendencias Actuales

de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (*Dirs.*), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005.

“Garantía a primer requerimiento: mecanismo de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario”. *Real Colegio de España*, 2006.

ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia”, *3ª edición*, Pamplona, 2007.

“Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato”, *La Ley*, núm. 7210, 2009.

“Las Garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, *Civitas-Thomson Reuters*, 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, de percepción de cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 23/2009, *Editorial Aranzadi, S.A.*, [BIB\2009\926].

“El concurso del promotor y la ejecución de los avales y pólizas de seguro de los compradores”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 23/2011, *Editorial Civitas, S.A.*, [BIB\2011\167]

FELIÚ REY, J., “Comentario al artículo 11”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, PAREJO ALFONSO, L., (*Dir.*) Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ ALÉN, P. C., “La nueva Ley de Ordenación de la Edificación. Opinión desde la patronal de la construcción”, *El Consultor Inmobiliario*, núm. 1, abril 2000.

FERRANDO VILLALBA, M^a L., “Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción. Especial referencia a la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios”, en *Contratación y Servicio Financiero*, ORDUÑA MORENO, J. (*Dir.*), Valencia, 2001.

“El contrato de cuenta corriente”, en *Contratación bancaria*, ORDUÑA MORENO, J. y TOMILLO URBINA, J. L., (*Dir.*), Tomo I, Valencia, 2001.

FONT GALÁN, “Natura e Disciplina Giuridica delle polizze fideussorie rilasciate dalle compagnie di assicurazioni. Assicurazioni”, núm. 1, 1996.

FONT RIBAS, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1983”, en *CCJC*, número 1& 24, 1993.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. C. “La situación de prehorizontalidad y la proyección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, 1982.

GARCÍA CERESO, F., LUNA YERGA, A., XIOL BARDAJÍ, M., “Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿Cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013, [RJ2013\1819]”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013.

GARCÍA MEDINA, J. “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, *Sentencias del TSJyAP y otros Tribunales*, núm. 10/2006, [BIB\2006\873].

GARCÍA VICENTE, J. R., “Seguros de caución y avales por cantidades a cuenta y concurso del promotor”, en *Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal*, GARCÍA CRUCES (*Dir.*), Navarra 2009.

“Comentario a la Sentencia de 3 de julio de 2013. Resolución de contrato de compraventa de vivienda por retraso en el cumplimiento de la obligación de entrega. Indeterminación del plazo: cláusula abusiva”, *Revista de Cuadernos*

- Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95/2014, Editorial Civitas, S.A., [BIB\2014\1607].
- GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, J. “Contrato de seguro terrestre”, Madrid, 1983.
- GIMENO SENDRA, V. y DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El juicio ejecutivo”, en *Derecho Procesal Civil vol. II, Los procesos especiales*, GIMENO SENDRA (Dir.), Madrid, 2005.
- GÓMEZ CALERO, J., “Los derechos de reintegro del asegurador en la LCS”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros*, Madrid, 1985.
- GÓMEZ CALLE, E., “La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, *ADC*, núm. 45, 1992.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C., “Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de Obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de consumidores”, en *Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- GONZÁLEZ DE ZULUETA, F., “El artículo 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista y los contratos de garantía admisibles”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil, 2005.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación”, Madrid, 2000.
- GONZALEZ POVEDA, P., “Los seguros de crédito y caución”, en *Derecho de Seguros. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, 1995.
- GUILARTE ZAPATERO, V., “Comentarios a los artículos 1822 a 1866 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, Tomo XXIII, 1979.
- “Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales”, Tomo XXII, 1979.
- “Comentario al artículo 1851”, en *Comentario al Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIÉZ-PICAZO Y PONDE DE LEÓN, L., BÉRICOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, y SALVADOR CÓDERCH, P., (Dir.), Tomo II, Madrid, 1993.
- “Jurisprudencia sobre fianza y demás garantías”, *La Ley-Actualidad*, Madrid, 1997.
- HAZA DÍAZ, P. de la, “El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *McGraw Hill*, Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ BATALLER, B., “La protección de los consumidores en la Unión Europea y la Directiva 85/577/CEE: situación actual y perspectivas de futuro”, 1990.
- HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “Artículo 43”, en *Comentarios a la Ley del contrato de seguro*, BOQUERA J./OLAVARRÍA, J./BATALLER, J. (Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002,
- HIDALDO ROMERO, R., “Hacia la desaparición de las Cajas de Ahorros: La transformación de las Cajas de Ahorros en Fundaciones de carácter especial”_ *Cuatrecasas, Gonçalves-Pereira, Olivencia-Ballester*.
- HOYOS ELIZALDE, C., “El papel de la Cámara de Comercio Internacional”, pág. 208, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil, 2005.
- “El seguro de caución: una aproximación práctica”, *Estudios del Instituto de Ciencias del Seguros*, Fundación MAPFRE, 2008.
- “El seguro de caución”, *Cuadernos de la Fundación MAPFRE*, núm. 175, 2012.

- “El seguro de caución”, Instituto de Ciencias del Seguro, Fundación *MAPFRE*, 2012.
- ILLESCAS ORTIZ, R., “Cartas de acreditación y cartas de garantía”, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil (Homenaje a Evelio Verdura y Tulles)*, Tomo II, *Distribuciones La Ley*, Madrid, 1994.
- INFANTE RUIZ, F. J., “Seguro de caución y contrato autónomo de garantía. Las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo y de 5 de julio de 2000”, *CDC*, 34, 2001.
- “Las garantías personales y su causa”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2004.
- “Contrato y término esencial”, *La Ley, Madrid*, 2008.
- JORDANO FRAGA, F., “La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria”, *Civitas*, Madrid, 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, 1981.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J., “El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución directa de las pólizas colectivas”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, abril 2011.
- LUQUE JIMÉNEZ, M^a C., “La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda”, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, CAÑIZARES LASO (Coord.), *Técno*, Madrid, 2006.
- MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el artículo 3.2 Ley 57/1968, de 27 de julio en relación con el artículo 517.2.9º LEC”, *Boletín de contratación inmobiliaria El Derecho*, núm. 45, abril 2008.
- MAIRATA LAVIÑA, J. y GUZMÁN COPS, J., “Operaciones bancarias y su tratamiento legal”, *Editorial Hispano Europea*, Barcelona, 1989.
- MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”, *Revista de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 37, 1º trimestre de 2011.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Protección de la edificación y protección del consumidor: La Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre vivienda», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995.
- MARIMÓN DURÁ, R., “Insuficiencia de la cláusula de pago a primer requerimiento para configurar una garantía independiente”, *RDM*, 234, 1999.
- “Consolidación de la jurisprudencia sobre el aval a primera demanda. Avals prestados por sociedades de garantía recíproca y por entidades de seguros”, *RDM*, 238, 2000.
- “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro”, Coord. BOQUERA/BATALLER/OLAVARRÍA, Valencia, 2002.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T. “La figura del Promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Aranzadi*, Navarra, 2002.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, *CCJC*, núm. 50, 1998.
- MARQUÉS FERNÁNDEZ-FLÓREZ, J. R., AAVV, “Manuales de Empresa. Operaciones Bancarias”, *Editorial CISS, S.A.*, Valencia, 1998.
- MARQUÉS NARVÁEZ, J. M. “Medios de pago en la compraventa internacional”, *ESIC/ICEX Editorial*, Madrid.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M^a, “La protección del asegurador en la Ley del Contrato del Seguro”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguros*, 2001.

- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *La Ley*, Tomo 3, 1992.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., “Responsabilidades y garantías de los agentes de la Edificación”, *Lex Nova*, Valladolid, 2007.
- MARTÍNEZ MAS, F., “¿Existe daño moral por retraso en la entrega de vivienda?”, *Arte y Cemento*, núm. 2, 2007.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución”, *RDCP*, núm. 13, 2010.
- MÉNDEZ SERRANO, M^a M., “Algunos apuntes sobre la causa del llamado contrato autónomo de garantía”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dirs.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005.
- MIGUEL TRAVIESAS, M., “La causa en los negocios jurídicos”, *RGLJ*, volumen XVII, Madrid, 1919.
- MOLINA GARCÍA, A., “La doble venta a través de la jurisprudencia”, *Editorial Montecorvo*, Madrid, 1975.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *RES*, núm. 128, 2006.
“El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”. *RJUAM*, n^o 16, 2007-II.
- MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., “*El proceso de ejecución*”, Valencia, 2001, en *Derecho Jurisdiccional*, MONTERO AROCA/GÓMEZ COLOMER/MONTÓN REDONDO/BARONA VILAR (Coord.), Tomo II., Valencia, 2001.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., “Las garantías del crédito” en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2001.
“La defensa del derecho de crédito”, en LÓPEZ-MONTÉS-ROCA, *Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia, 2001.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Accesoriedad y subsidiariedad en las garantías a primer requerimiento (STS 17.2.2000)”, *RDM*, 240, 2001.
- MORILLAS JARILLO, M^a J., “Seguro de Crédito. Riesgos cubiertos”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 24, 1999.
- MUÑOZ DE DIOS, G. “El fraude en la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, *RDP*, 1981.
- NIETO CAROL, U, y BONET SÁNCHEZ, J. I. (Coord.), “Tratado de garantías en la contratación mercantil”, 3 vols., *Editorial Civitas*, Madrid, 1996.
- O’ CALLAGHAN MUÑOZ, X., en “Código Civil Comentado y con Jurisprudencia”, *La Ley*, 7^a edición, 2004.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro (Artículos 68 a 79)”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Estudios Empresariales y Financieros*, dirigidos por Evelio Verdura y Tuells, Madrid, 1982.
- OSSORIO MORALES, “Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)”, Granada, 1986.
- PACHECO JIMÉNEZ, M. N., “Los seguros en el proceso de edificación”, *Editorial La Ley*, Madrid, 2008
- PANTALEÓN PRIETO, A. F., “Cesión de créditos; Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”, *Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, Madrid, 1996.

- PARRA TORRES, V., “La posición del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 20/2009 2, Editorial Aranzadi, S.A., 2009.
- PEÑAS MOYANO, M^a J., “Edificación y seguro: modalidades contractuales exigidas como garantías en la L.O.E.”, *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 110, 2002.
- PERDICES HUETOS, A. B., “Fianza y Concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal”, Pamplona, 2005.
- PETIT SEGURA, M. A., “La doble venta y la doble disposición de la misma cosa”, *Signo Impresió Gráfica, S.A.*, Barcelona, 1990.
- PICATOSTE BOBILLO, J., “Derechos y Garantías de los consumidores en la compraventa de viviendas”, *Manuales de Formación Continuada* núm. 34, dedicado a: Hacia un Código del Consumidor, *Consejo General del Poder Judicial*, 2005.
- PLA GIL, F.M., “La Garantía de las entregas a cuenta: su ejecutabilidad”, *Revista n° 10, 2º, Facultat de Dret de la Comunitat Valenciana*, semestre de 2011.
- PULGAR EZQUERRA, J., “El tratamiento de las garantías personales en la nueva legislación concursal”, en obra “*Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía*”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (Dir.), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., “Comentario a la STS de 9 de junio de 1986” *CCJC*, núm. 11, 1986.
- “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1988 [RJ\1988\1543]”, *CCJC*, núm. 16, enero-marzo 1988.
- “Las viviendas de protección oficial: aproximación a su régimen jurídico”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, mayo-agosto 1995.
- “Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado (Fecha de entrega, calidades, superficies, escritura pública, inscripción registral, cargas y gravámenes)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2005, Editorial Aranzadi, S.A. [BIB\2005\1096].
- REGLERO CAMPOS, F. “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004”, *CCJC*, núm. 67, enero-abril 2005.
- REYES LÓPEZ, M^a J., “Fianza y nuevas modalidades de garantía: análisis crítico de sus elementos y efectos. Comentario y Jurisprudencia”, 1996.
- ROBLES ÉLEZ-VILLAROEEL, J. F., “Las 100 cuestiones esenciales sobre la práctica de los medios de pago”, *Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias*, 2003.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Resolución y sinalagma contractual”, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, J. J., “Fianza común y seguro de caución con cláusula a primer requerimiento”, *Revista Española de Seguros*, núm. 108, 2001.
- RUBIO GARRIDO, T., “La doble venta y la doble disposición”, Editorial J. M. Bosch, Barcelona, 1994.
- “Comentario al artículo 1851”, en *Jurisprudencia Civil Comentada*, PASQUAULIÑO, M. (Dir.), Tomo II, Granada, 2000.
- RUIZ VADILLO, E., “Derecho Civil”, 18ª edición, Logroño, 1991-1992.
- SALINAS ADELANTADO, C., “Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro”, (Coord. BOQUERA, BATALLER, OLAVARRÍA), Valencia, 2002.

- SALVADOR CODERCH, P., “Alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011.
- SAN MIGUEL PRADERA, L.P., “La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?”, *ADC*, IV, 2011.
- SÁNCHEZ CALERO, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Valladolid, 1993.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta”, en Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero”, *Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio*, Madrid, 1990.
- “Garantías Bancarias: las cartas de “patrocinio” y las garantías “a primera demanda”; Contratos Bancarios”, *Editorial Civitas*, Madrid, 1992.
- “El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda”, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ CUARTERO, E., “El seguro de caución y las garantías a primer requerimiento”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, pág. 308, Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, *Atelier Mercantil*, 2005.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., “Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula “*rebus sic stantibus*””, *Técno*, Madrid, 1990.
- SANCHO REBULLIDA, “Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil”, *RGLJ*, 1971.
- SANJUAN CRUCELAEGUI, J., “Las garantías independientes en el Derecho español y su aceptación por la jurisprudencia”, *RdP*, núm. 7, 2001.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Concurso de acreedores en el sector de la construcción. Promotoras y Constructoras. Afectaciones y peculiaridades”, Valencia, 2008.
- SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V. M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores”, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, XIII Congreso, Barcelona, editado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1975.
- SEOANE SPIEGELBERG, J. L., “La tutela procesal de consumidores y usuarios”, *Manuales de Formación Continuada* núm. 34, dedicado a: *Hacia un Código del Consumidor*, *Consejo General del Poder Judicial*, 2005.
- SERRANO CHAMORRO, M^a E., “El seguro de caución: especial referencia al contrato de obra”, *Revista de Derecho Privado*, 1988.
- “Cambio de solar por edificación futura”, 2^a edición, Pamplona, 1997.
- SILVA SANTOS, M., “Determinación del Seguro de Crédito. Armonización y articulación en el Ámbito Internacional”, en obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (*Dirs.*), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005.
- SIMLER PHILIPPE, “Las tendencias actuales en materia de garantías a demanda o incondicionales”, en la obra “Las Tendencias Actuales de los Contratos de Garantía”, ANGULO RODRÍGUEZ, CAMACHO DE LOS RÍOS y HOYOS ELIZALDE (*Dirs.*), *Fundación MAPFRE|ESTUDIOS, Atelier Mercantil*, 2005.
- SOLER PRESAS, A., “La valoración del daño en el contrato de compraventa”, *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 1998.

- SUÁREZ BILBAO, E., “Efectos sobre los contratos en el concurso inmobiliario y de construcción”, en *Proceso Concursal: crisis de las empresas promotoras y constructoras*, GONZÁLEZ NAVARRO, B. (Coord.), Valladolid, 2009.
- TATO PLAZA, A., “La subrogación del asegurador en la Ley de contrato de seguro”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- TIRADO SUÁREZ, F. J. “El seguro de crédito en el ordenamiento jurídico español”, apéndice a la obra de BASTIN, *El seguro de crédito en el mundo contemporáneo*, Madrid, 1980.
- “Comentarios al Código de Comercio Legislación Mercantil Especial”, Tomo XXIV, vol. 2º, 1984-1985.
- “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguro de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, en *Problemas actuales de la Justicia. Homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*, MORENO CATENA (Coord.), Valencia, 1988.
- “El contrato de seguro” en la obra *La Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Dir. SÁNCHEZ CALERO, Editorial Aranzadi, 1989.
- “Los seguros contra daños”, en *Derecho Mercantil*, Tomo II, coordinado por JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Barcelona 1992.
- “Seguro de caución. Pignoración de pólizas de seguros”, en *Contratos Bancarios*, Dir. GARCÍA VILLAVARDE, Madrid, 1992.
- “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas”, *Revista General de Derecho*, 1995.
- “El contrato de seguro”, en *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones* (Dir. SÁNCHEZ CALERO), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2ª edición, 2001.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J., “Interposición gestora de las cooperativas de viviendas”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 38, 1995
- URÍA GONZÁLEZ, R., “Derecho Mercantil”, Madrid, 1993.
- VALENZUELA GARACH, F., “El contrato de fianza: una síntesis de sus problemas actuales. El Tratado de garantías en la contratación mercantil”, *Editorial Civitas*, 1996.
- VERDERA SERVER, R., “Los avales prestados en la compraventa con cantidades aplazadas conforme a la Ley 57/1.968”, en la obra “Tratado de la Compraventa” Dir. Carrasco Perera, A., núm. 86, 2002.
- VICENT CHULIÁ, F., “Compendio crítico de Derecho mercantil”, Tomo II; Barcelona, 1990.
- YANES YANES, P., “Comentario a los artículos 85 y 86 de la Ley Concursal”, en *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU (Coord.), Dykinson, Tomo I, Madrid, 2004.