

TESIS DOCTORAL



VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA

CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS

ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO Y LA
DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE
NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, SEGÚN
REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015

De Raquel Martínez Catalá
Director: Dr. D. Jesús Estruch Estruch
Programa de Doctorado 050
Modelo Básico de Bienes y Servicios II

Valencia, 2015

TESIS DOCTORAL



VNIVERSITAT
ID VALÈNCIA

CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS

ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO Y LA
DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE
NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, SEGÚN
REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015

De Raquel Martínez Catalá
Director: Dr. D. Jesús Estruch Estruch

Valencia, 2015

Mi agradecimiento a mi director y maestro D. Jesús Estruch, por sus valiosas observaciones y su infinita paciencia; a D. José Landete y a Dani por su gran ayuda; a mis padres y a David por su apoyo y ánimo constante y a mi ilusión que está en camino y me anima a sacar adelante este proyecto...

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
---------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN.....	17
--------------------------	-----------

CAPÍTULO 1

ORIGEN Y SENTIDO DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS

I. FINALIDAD, OPORTUNIDAD Y FUNCIÓN DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS	32
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1. Sistema de protección de los adquirentes de viviendas en construcción planteado en Francia. Alternativas para el comprador de vivienda a construir que ha anticipado dinero..	35
2 Sistema de protección general de los adquirentes de viviendas en construcción en España.....	38
3 La compraventa de vivienda por parte de particular como acto de consumo.....	44

II. DE LA JUSTIFICADA ALARMA SOCIAL PROVOCADA POR LA REITERADA COMISIÓN DE ABUSOS QUE DIO ORIGEN A LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO.....	48
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1. Antecedentes legislativos de la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas	54
2. De la derogación de la ley 57/1968, por la ley 20/2015, de 14 de julio	60

CAPÍTULO 2

LAS GARANTÍAS SOBRE EL PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS EN LA REGULACIÓN DE NUESTRO ENTORNO

I. REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO (FRANCIA, ITALIA Y ALEMANIA). DERECHO COMPARADO.....	66
1. Sistemas de transmisión de la propiedad en los países de nuestro entorno.....	66
1.1 <i>Derecho francés</i>	68
1.2 <i>Derecho italiano</i>	72
1.2.1 La transmisión de la propiedad en el sistema civil italiano	72
1.2.2. La protección al adquirente de vivienda a construir que realiza entregas anticipadas a cuenta del precio.....	76
1.2.3. Sujeto activo y pasivo.....	78
1.2.4. Ámbito de aplicación objetivo	80
1.2.5. Obligación y responsabilidad del fiador.	85
1.2.6. La obligación de tener un seguro.	86
1.3 <i>Derecho alemán</i>	90
II. DERECHO AUTONÓMICO ESPAÑOL. APUNTES SOBRE MENCIONES ESPECÍFICAS A LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO EN ESTE TRABAJO EN LEGISLACIÓN ESPECÍFICA AUTONÓMICA..	93
1. Andalucía	95
2. Islas Baleares	100
3. Cataluña	103
3.1 <i>Regulación establecida por la ley catalana de 29 de 1991, de 29 de noviembre, de la vivienda</i>	103
3.2 <i>Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda</i>	104
4. Comunidad Valenciana	106

CAPÍTULO 3 ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

I. SUJETO PASIVO	112
1. La figura del promotor	113
2. El promotor en la Ley 57/1968, de 27 de julio y DA 1 ^a de la LOE según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio	131
II. SUJETO ACTIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL: EL ADQUIRENTE	134
1. El concepto de consumidor	137
2. De la figura del agente inmobiliario	145

CAPÍTULO 4 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO	150
1. Concepto de vivienda	150
2. El concepto de cantidades anticipadas garantizadas por la Ley 57/1968, de 27 de julio y de la DA 1 ^a de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.....	162
<i>2.1 Del ingreso de cantidades anticipadas por medio de efectos cambiarios</i>	174
II. CONTRATOS U OPERACIONES SUJETAS A LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO	179
1. Contrato de compraventa de vivienda en construcción	182
2. Contrato de compraventa de viviendas en construcción y compraventa de viviendas sobre plano	194
3. Contrato de permuta de solar por obra futura	188
<i>3.1. La aplicación de la Ley 57/1968 al contrato de permuta de cesión de solar por obra.....</i>	191
4. Contrato de adquisición de cuotas indivisas de un edificio	196
5. Contrato de compraventa de parcela y ejecución de obra ..	198

III. APLICACIÓN DE LA LEY 57/1968 Y DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, EN LA FASE DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: TRATOS PRELIMINARES Y CONTRATACIÓN PREVIA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO	199
1. Contratación previa	200
2. Tratos preliminares	204
3. Precontrato	207
4. El contrato de opción	215
5. Contrato de arras o de señal	223

CAPÍTULO 5 OFERTA Y PUBLICIDAD DE VIVIENDAS

I. LA OFERTA DE VIVIENDAS	230
1. La distinción de la oferta con otras figuras afines. Publicidad	232
1.1 <i>Deber de informar en el supuesto de compraventa de viviendas</i>	237
1.2 <i>De la renuncia de los derechos de los consumidores</i>	243
1.3 <i>Respecto de las condiciones generales de la contratación</i> ...	243
2. Integración de la oferta en el contrato	245
II. OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, Y DA 1ª DE LA LOE (CONFORME A SU REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO) RESPECTO DE LA PUBLICIDAD PARA LA VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN... ..	245

CAPÍTULO 6 OBLIGACIONES DE LOS PROMOTORES QUE EXIJAN LA ENTREGA DE ANTICIPOS DINERARIOS A CUENTA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

I. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR DE VIVIENDAS QUE EXIGE ENTREGAS A CUENTA	256
-----------------------------------------------------------------------------	-----

1. Consideraciones previas	256
2. Obligaciones legales	265
2.1 <i>Tipo de interés a cuya devolución estará obligado el promotor junto con la devolución de las cantidades anticipadas por el cesionario, ante su eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas por las leyes especiales reguladoras de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas</i>	266
II. OTORGAMIENTO DE GARANTÍA	271
1. Contingencia cubierta por la garantía	275
2. Aval	276
2.1 <i>Configuración contractual del aval en garantía y su imbricación en la estructura del contrato</i>	293
2.2 <i>Tratamiento legal del aval</i>	296
3. Seguro.....	297
3.1 <i>Régimen legal del seguro</i>	304
3.2 <i>Pólizas globales y pólizas individuales</i>	309
4. Carácter ejecutivo del aval y del seguro	322
5. Consecuencias de la prórroga concedida por el comprador al promotor–vendedor	335
6. Momento de cancelación de las garantías	339
III. Apertura de cuenta especial en la Ley 57/1968, de 27 de julio	343
1. Régimen legal de la apertura de cuenta especial	343
1.1 <i>Tratamiento en la Ley 57/1968, de 27 de julio</i>	343
1.2 <i>Apertura de cuenta especial en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio</i>	348
1.3 <i>Concepto de cuenta especial</i>	349
2. De consecuencias de que lo ingresos de los anticipos se realicen en una cuenta ordinaria, sin la calificación de “cuenta especial”	353
3. De la responsabilidad de la entidad bancaria respecto de la apertura de cuenta denominada “especial” por parte del promotor	366
4. De la cancelación de la cuenta especial.....	389

CAPÍTULO 7
CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO
DE COMPRAVENTA Y POSIBLES VÍAS PARA INSTAR
LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES
ANTICIPADAS A CUENTA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS	374
II. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS ADQUIRENTES ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROMOTOR-VENDEDOR	384
1. Supuesto de concesión de prórroga	385
2. El derecho del comprador a suspender los pagos sucesivos mientras que el promotor-vendedor no otorgue las garantías exigidas por la Ley 57/1968	393
III. CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CONFORME LA LEY 57/1968	398
1. Incumplimiento de la fecha de inicio y terminación de las obras con las correspondientes autorizaciones administrativas dentro de los plazos establecidos en el contrato	400
1.1 <i>Falta de entrega de la licencia de primera ocupación</i>	405
IV. SITUACIONES ANÓMALAS	414
1. Supuesto de declaración de concurso de la promotora	414
 CONCLUSIONES.....	 429
 BIBLIOGRAFÍA	 475
I. MANUALES Y MONOGRAFÍAS	476
II. ARTÍCULOS JURÍDICOS CONSULTADOS	489
III. TESIS DOCTORALES Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN CONSULTADOS	499
IV. DIRECCIONES DE INTERNET CONSULTADAS	500

ANEXO 503

ABREVIATURAS

AA.VV.	= Autores varios
ADC	= Anuario de Derecho Civil
AP	= Audiencia Provincial
Art. (s)	= Artículo (s)
BOE	= Boletín Oficial del Estado
BGB	= Código Civil Alemán
CC	= Código Civil
CCJC	= Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCit.	= Código Civil italiano
CCfr.	= Código Civil francés
CCsuizo	= Código Civil suizo
Ccom	= Código de Comercio
CE	= Constitución Española
DCE	= Directiva de Comercio electrónico
DJ	= Documentación Jurídica
Dir.	= Directiva
DGRN	= Dirección General de los Registros y del Notariado
DOCE	= Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EP	= Estatuto de la Publicidad 11 de junio 1964
Fj.	= Fundamento Jurídico

IP	= Protocolo de Internet
JPI	= Juzgado de Primera Instancia
LCD	= Ley de Competencia Desleal
LEC	= Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRIM	= Ley de Enjuiciamiento Criminal
LCGC	= Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LOCM	= Ley del Comercio Minorista
LOE	= Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)
LGDCU	= Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios
LGP	= Ley General de Publicidad
LL	= La Ley
LO	= Ley Orgánica
LOPJ	= Ley Orgánica del Poder Judicial
LSSICE	= Ley de Comercio Electrónico
LGT	= Ley General de Telecomunicaciones
op. cit.	= «en la obra citada»
n.	= Nota a pie de página
núm.	= Número
pág.	= Página
págs.	= Páginas
p. ej.	= Por ejemplo
PJ	= Poder Judicial
RAAP	= Revista Andaluza de Administración Pública

ABREVIATURAS

RCDI	= Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDP	= Revista de Derecho Privado
RdP	= Revista de Derecho Patrimonial
RCE	= Revista de Contratación Electrónica
REDETI	= Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red
REDI	= Revista electrónica de Derecho Informático
Res.	= Resolución
RFDUC	= Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RGLJ	= Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJN	= Revista Jurídica de Navarra
SAP	= Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	= Siguietes
S(S)TC	= Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TS	= Sentencia(s) del Tribunal Supremo
S(S)TSJ	= Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
UCC	= Uniform Commercial Code Norteamericano
UE	= Unión Europea
t.	= Tomo
TC	= Tribunal Constitucional
TRLGDCU	= Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios

TS	= Tribunal Supremo
TSJ	= Tribunal Superior de Justicia
vid.	= Véase
vol.	= Volumen
www	= world wide web

- Las referencias jurisprudenciales que se citan en este trabajo están extraídas, indistintamente, de la bases de datos Westlaw (www.aranzadidigital.es) y del Cendoj (www.poderjudicial.es).

INTRODUCCIÓN

Como otrora dijera el gran maestro Cicerón¹ “*Cualquier discurso que se emprenda razonadamente debe comenzar por la definición de aquello de que se trata, para que se tenga una idea clara de la materia sobre la que se va a hablar*”. Siguiendo el sabio consejo ciceroniano, corresponde comenzar por establecer a qué realidad nos estamos refiriendo cuando hablamos de principio.

En el presente trabajo haremos un análisis del tratamiento que hace la legislación española respecto de los adquirentes que realizan entregas a cuenta para la compra de viviendas sin que las mismas les hayan sido entregadas y que tiene como finalidad principal la de garantizar la posición de los mismos que *a priori* se encuentran en situación de indefensión.

Resulta meridiano que se produce una situación de indefensión para los adquirentes que se ven obligados a anticipar cantidades a cuenta sin que la vivienda les haya sido entregada y sin que cuenten (al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y aun bajo su vigencia, por algunas lagunas de la Ley que comentaremos más adelante) con ninguna medida de garantía

¹ CICERON, M. T., *De Officiis*, Christopher Froschouer, 1560.

que les permitiera obtener la eventual devolución de las cantidades anticipadas, en el caso de que la vivienda no llegara a entregarse.

A este respecto se hace necesario iniciar nuestro análisis con el estudio de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Analizaremos el tenor literal de la misma así como la aplicación práctica que han hecho los tribunales a lo largo de los años; las líneas jurisprudenciales más significativas que se han creado bajo su aplicación; así como las líneas doctrinales construidas al amparo de dicha Ley.

Tras casi cincuenta años de vigencia de la citada Ley, en fecha 1 de enero de 2016, entrará en vigor la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, conforme a la redacción de la misma dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta disposición viene a acoger prácticamente en su integridad el espíritu de la Ley 57/1968, de 27 de julio, si bien introduce algunas modificaciones de calado que analizaremos a lo largo de este trabajo.

Como quiera que este último cuerpo legal está pendiente de entrar en vigor, nuestro estudio se debe limitar, necesariamente, al análisis de su tenor literal y a la comparación del nuevo texto con el de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Así, en este trabajo al revisar los distintos aspectos tratados

por la Ley 57/1968, de 27 de julio, se precisará si dicha regulación sufrirá algún cambio a partir de la entrada en vigor de la Disposición adicional primera de la LOE, conforme a la redacción de la misma dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Por lo que se refiere al interés que plantea el estudio de la materia objeto de este trabajo, véase que tal y como mantiene la doctrina de manera unánime y también se consigna en el Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, *«...la justificada alarma que en la opinión pública produjo la reiterada comisión de abusos en la contratación inmobiliaria (que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos), obliga a establecer con carácter general, normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto».*

En ese contexto y con la finalidad de atender esa necesidad imperiosa de 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, se promulgó la Ley

57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Esta Ley está dirigida a proteger al adquirente (consumidor) que suscribe un contrato de cesión de vivienda y al que se le impone la obligación de realizar entregas a cuenta del total precio antes de que se realice la entrega definitiva de la vivienda adquirida.

El tipo de viviendas que son objeto de protección por esta Ley son aquellas que no tengan la calificación de viviendas de protección oficial y cuyo destino principal sea servir de domicilio o residencia del adquirente.

A los efectos de procurar la protección referida, la Ley 57/1968, de 27 de julio, exige al promotor que pretenda obtener entregas a cuenta del precio de los adquirentes de viviendas no construidas o no entregadas, el cumplimiento de determinadas cautelas: Así se impone a dicho promotor que las entregas a cuenta se reciba en una cuenta especial, abierta al efecto en entidad de crédito, con total separación de cualquier otro fondo titularidad del promotor y que se destine el dinero entregado por los adquirentes para atender exclusivamente la construcción de la vivienda adquirida.

Asimismo se exige al promotor que otorgue las garantías correspondientes, a los efectos de asegurar la eventual devolución de las cantidades anticipadas en caso de : no terminar la vivienda;

no entregarla en plazo o no obtener la preceptiva licencia.

A grandes rasgos, el sistema de protección previsto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, parece adecuado para salvaguardar los intereses de los adquirentes-consumidores que, sin tener a su disposición la vivienda adquirida, se ven obligados a anticipar determinadas cantidades de dinero a cuenta del total precio. Aunque es lo cierto que a lo largo de la vigencia de la Ley se ha detectado un incumplimiento reiterado de la misma por parte de los promotores-vendedores.

También resulta significativo que la Ley 57/1968, de 27 de julio, preveía consecuencias (sanciones) tanto civiles como penales y administrativas para el caso del incumplimiento de la misma. Es lo cierto que las consecuencias penales inicialmente recogidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, fueron derogadas por la L.O. 10/1995, 23 noviembre, Código Penal.

Sin perjuicio de que hayan sido derogadas las consecuencias penales del incumplimiento de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en la práctica los tribunales han venido aplicando los tipos penales generales, en su caso, en relación con incumplimientos con consecuencias penales (tipos generales que no especiales en aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio).

La consecuencia jurídica más habitual del incumplimiento de las previsiones de la Ley 57/1968, de 27 de julio, es de carácter civil: la resolución del contrato de compraventa (rescisión del

contrato tal y como se prevé expresamente en el tenor de la Ley). Este es un fenómeno jurídico que estudiaremos en detalle a lo largo del presente trabajo, abordando la casuística que se presenta en la práctica.

A lo largo de los años los tribunales han ido interpretando e integrando esta Ley, hasta lograr el régimen vigente a fecha de hoy. Un régimen que iremos analizando a lo largo de este trabajo.

Como hemos adelantado, esta Ley (que no es muy conocida) ha sido aplicada durante casi cincuenta años, con incumplimientos sistemáticos por parte de los promotores de las exigencias impuestas por la misma. Es obvio que en la práctica, la aplicación estricta de las exigencias impuestas en la Ley a los promotores supone para estos costes económicos que no están dispuestos a asumir.

Tras casi esos cincuenta años en vigor, en el BOE de 15 de julio de 2015 se publicó la Ley 20/2015 de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que modifica la Ley 5/1980 del contrato de seguro, y la LOE, además de derogar la Ley 57/1968, de 27 de julio.

La Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, que modifica la LOE en cuanto a las garantías exigibles para las obras de edificación, añade a la cobertura mediante seguro de daños o caución, la posibilidad de establecer una garantía

financiera.

En su apartado dos, la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, modifica la Disposición adicional primera de la LOE sobre percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, regulando para empresas promotoras y cooperativas la obligación de garantizar la devolución de cantidades entregadas más los intereses legales desde la obtención de la licencia de edificación.

Por lo que se refiere a la entrada en vigor de la Ley 20/2015, de 14 de julio, se establece en la Disposición final vigésima primera de la misma que *«... dicha ley entrará en vigor el 1 de enero de 2016 (...).»*

En el Preámbulo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, se dice, en relación con la LOE que *«...se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). También se introducen modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de la Ley de Ordenación de la Edificación»*.

Siguiendo lo adelantado por el Preámbulo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, el apartado dos de la Disposición final tercera de la misma disposición legal, incluye la modificación de la LOE, mediante la introducción de la Disposición adicional primera a dicha Ley.

La nueva redacción de las medidas relacionadas con el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas contenida en la LOE (que entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2016), en esencia recoge la regulación contenida en la Ley 57/1968, con matices que iremos analizando más adelante.

El ámbito de aplicación objetivo de la norma es la protección de los adquirentes respecto de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Así pues el ámbito de aplicación objetivo es plenamente coincidente con el de la Ley 57/1968, de 27 de julio, si bien en la DA 1ª LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) si bien en el texto introducido por la Ley 20/2015, de 14 de julio, se habla de toda clase de viviendas, sin matices (sin hacer exclusión de ningún tipo de viviendas como ocurría en la Ley 57/1968, de 27 de julio).

Se continúa imponiendo al promotor que exija la entrega de cantidades anticipadas con carácter previo a que se verifique la entrada de la vivienda, que reciba dichos anticipos en una “cuenta especial” abierta en entidad de crédito con total separación de esos fondos de cualesquiera otros que fueran titularidad del promotor y que además se destinen esas cantidades a atender a los gastos de la construcción de dicha vivienda.

Este es uno de los puntos que a nuestro entender merece especial atención, habida cuenta que no se concreta ni en la Ley 57/1968, de 27 de julio, ni después en la DA 1ª de la LOE (según

redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) qué debe entenderse por esa “cuenta especial” de la que hablan ambos textos legales. Es más, no podemos encontrar en nuestro sistema jurídico referencia alguna a dicha “cuenta especial” tan sólo encontraremos dicha definición en la interpretación de la Ley que han llevado a cabo nuestros tribunales.

De hecho, es nuestro Tribunal Supremo el que ha ido perfilando el concepto de “cuenta especial” al que se refería la Ley 57/1968, de 27 de julio, tras muchas discrepancias por parte de las Audiencias Provinciales. Precisamente ese ha sido (durante la vigencia de la ley 57/1968, de 27 de julio) uno de los grandes *hándicaps* con los que se han encontrado los adquirentes de viviendas que adelantan cantidades a cuenta del precio para obtener la eventual devolución de los anticipos realizados en caso de producirse un incumplimiento esencial por parte del promotor-vendedor de sus obligaciones.

Siendo esto así, sorprende sobremanera que el legislador no haya aprovechado la nueva redacción de la materia (DA 1ª LOE conforme la Ley 20/2015, de 14 de julio) para salvar dicha laguna. No obstante, como ya hemos adelantado, el Tribunal Supremo ha ido configurando el referido “poco pacífico” concepto, especialmente a partir de sus resoluciones del año 2014.

Asimismo se exige del promotor que garantice la eventual devolución de las cantidades que reciba de manera anticipada por

parte de los adquirentes de las viviendas, mediante contrato de seguro de caución o aval solidario, para el caso en que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda.

Adviértase que la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, establece que la obligación del promotor de garantizar la eventual devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes se exigirá desde la obtención de la licencia de edificación. Un punto que no se incluía en la anterior regulación de las garantías de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

No se hace referencia en la regulación contenida en la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, a infracción o sanción alguna para el caso de incumpliendo de las previsiones contenidas en la misma.

Por lo que se refiere a la estructura del presente trabajo, realizaremos un análisis de la regulación de las garantías de los adquirentes que realizan anticipos a cuenta para la compra de viviendas, basada en el estudio de la Ley 57/1968, de 27 de julio, (por ser la legislación vigente en el momento de cerrar la presente tesis y respecto de la que contamos con doctrina y jurisprudencia en aplicación de la misma, creada a lo largo de casi cincuenta años de experiencia de la Ley).

Asimismo realizaremos un estudio comparativo de la regulación dada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, y la dada por la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

El guión que seguirá el presente trabajo es el siguiente:

— En el *Capítulo I*, dedicado a origen y sentido de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, analizaremos el momento en el que surge la Ley 57/1968; la necesidad de la misma; así como el espíritu de la citada Ley.

Finalizaremos este capítulo haciendo referencia a la oportunidad de la derogación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y el fundamento de la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, que viene a sustituir el anterior texto legal.

— El *Capítulo II* se dedica a las garantías sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas en la regulación de nuestro entorno. Además de analizar la regulación de la cuestión en los sistemas jurídicos de Francia, Italia y Alemania, haremos un breve análisis sobre menciones específicas a la materia objeto de estudio en este trabajo en legislación específica autonómica.

— El *Capítulo III* está dedicado al ámbito de aplicación subjetivo de la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y de la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Será objeto de desarrollo en este Capítulo el estudio de las figuras del promotor y del adquirente (consumidor).

— El *Capítulo IV* se refiere al ámbito de aplicación objetivo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y de la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Este Capítulo se centra en el estudio de los conceptos de vivienda (como ámbito objetivo de aplicación de la Ley) y de cantidades anticipadas garantizadas por la ley 57/1968, de 27 de julio, y de la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

En segundo lugar analizaremos los contratos u operaciones sujetas a la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Para finalizar el Capítulo con el análisis de la aplicación de la Ley 57/1968 y de la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, en la fase de formación del contrato, esto es, tratos preliminares y

contratación previa de la formación del contrato.

— El *Capítulo V* se dedica al estudio de la oferta y la publicidad en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

— En el *Capítulo VI* haremos un estudio de las obligaciones impuestas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, a los promotores que exijan la entrega de anticipos dinerarios a cuenta para la adquisición de vivienda, así como la Disposición adicional primera de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio). En este sentido centraremos nuestro estudio en los conceptos de garantías exigidas, esto es aval solidario o seguro y sus vicisitudes.

Por otra parte estudiaremos el concepto de cuenta especial, teniendo en cuenta los requisitos para su apertura; características de la misma y momento de cancelación de la cuenta especial. Haremos especial hincapié en el concepto de la misma; en las consecuencias del no ingreso de las cantidades anticipadas por los adquirentes en una “cuenta especial” y en la responsabilidad de la entidad bancaria o de crédito en cuanto a la apertura de la referida “cuenta especial”. Todo ello con base en la creación y evolución jurisprudencial de la materia (especialmente sentencias del Tribunal Supremo dictadas a partir del año 2014).

— El *Capítulo VII* está dedicado a las causas legales de resolución del contrato de compraventa, conforme a la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como la Disposición adicional primera de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) y posibles vías para instar la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta.

Para finalizar el presente trabajo se incluye un Capítulo dedicado a Conclusiones y reflexiones extraídas tras el estudio efectuado, en el que realizaremos un análisis crítico de la regulación de las garantías de las cantidades anticipadas por el adquirente en la compra de vivienda dado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, y un estudio de las modificaciones que introduce la Disposición adicional primera de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

CAPÍTULO I

ORIGEN Y SENTIDO DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS

SUMARIO:

I. FINALIDAD, OPORTUNIDAD Y FUNCIÓN DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. *1. Sistema de protección de los adquirentes de viviendas en construcción planteado en Francia. Alternativas para el comprador de vivienda a construir que ha anticipado dinero. 2. Sistema de protección general de los adquirentes de viviendas en construcción en España. 3. La compraventa de vivienda por parte de particular como acto de consumo.*

II. DE LA JUSTIFICADA ALARMA SOCIAL PROVOCADA POR LA REITERADA COMISIÓN DE ABUSOS QUE DIO ORIGEN A LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO. *1. Antecedentes legislativos de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. 2. De la derogación de la Ley 57/1968, por la Ley 20/2015, de 14 de julio.*

I. FINALIDAD, OPORTUNIDAD Y FUNCIÓN DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, SOBRE PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS

El acceso a la vivienda por parte del particular puede articularse jurídicamente a través de diferentes cauces, pero sin duda, en España se opta mayoritariamente por adquirir mediante contrato de compraventa la propiedad privada del inmueble que se destina a dicho fin².

Que esto sea así, determina que la mayor parte de medidas arbitradas jurídicamente para facilitar el acceso a la vivienda protegiendo al que la adquiere, se estructuren en torno al contrato de compraventa que se celebra para adquirir la propiedad de la misma.

² ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda a través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de vivienda y de consumo*, Civitas, Navarra, 2010, pág. 21. En idéntico sentido, ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Civitas, Navarra, 2009, pág. 19. Señala el profesor Estruch en la citada obra, que «en los últimos tiempos, la forma más común de acceder a la propiedad de una vivienda es mediante la celebración de un contrato de compraventa cuando la vivienda se encuentra todavía en construcción. Lo normal por tanto, ha sido adquirir la vivienda “sobre plano”, esto es, mientras todavía no había concluido la construcción, o incluso, en ocasiones, cuando la construcción de la vivienda ni tan siquiera había comenzado». Asimismo, véase en los mismos términos la opinión de la profesora DE LEÓN ARCE, A., “El contrato de adquisición de la propiedad de la vivienda. Introducción y normativa aplicable”, en *Derechos de los Consumidores y Usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, 2^a Ed., Tirant lo Blanch, 2007, págs. 688 a 862.

En los últimos tiempos nos encontramos frecuentemente con que las personas que pretenden adquirir la propiedad de una vivienda³ tienen que “anticipar” ciertas cantidades de dinero a cuenta del total precio, a los efectos de que el promotor pueda sufragar parte de la construcción⁴.

En el sistema español el comprador no adquiere la propiedad de la vivienda hasta que, terminada que sea la misma, se otorgue la correspondiente escritura pública o en su caso se le dé posesión de

³ Nos referimos al adquirente de vivienda como destinatario final de la misma. Partimos de la noción de consumidor recogida en el derecho comunitario, cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios”, *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 377.

⁴ En este sentido se ha pronunciado de manera unánime la doctrina, véanse ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora” en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa* (FERRANDO VILLALBA, M^a L., y MARTÍ MOYÁ, V. (Coords), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Comares, Granada 2013, pág. 266). Por su parte CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, *RDU*, núm. 182, 2000, pág. 149 hace referencia a «financiación no bancaria al promotor». A este respecto GARCÍA ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de pre horizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, *RCDI*, 1982, pág. 929, dice que los compradores «financian con sus recursos propios una parte, al menos, del importe de la construcción». En la misma línea cfr. MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude de la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, *RDP*, 1981, pág. 1060; DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas”, en DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 497; MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Protección de la edificación y protección del consumidor: Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 6, mayo-agosto 1995, pág. 79.

ésta por medio (generalmente) de la entrega de llaves⁵. Es por ello que la situación del comprador que ha llevado a cabo la entrega de cantidades a cuenta del precio final de la vivienda es tremendamente insegura⁶.

En este sentido, nos adherimos a la opinión de los autores que abogan por que la situación de pre horizontalidad acceda cuanto antes al Registro de la Propiedad mediante un asiento registral provisorio, una suerte de anotación preventiva que pueda reflejar en el Registro de la Propiedad la celebración del contrato de compraventa de la vivienda en construcción, de tal forma que se

⁵ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente (...)”, op. cit. pág. 266.

⁶ Así véase la opinión del profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente (...)”, op. cit. pág. 266, que mantiene que «... si por las circunstancias que fueran, (el comprador de vivienda a construir que hubiera entregado anticipos a cuenta) no pudiera reclamar a la empresa promotora el cumplimiento *in natura* de la obligación de edificar, únicamente podría reclamar de la misma la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente más los daños producidos, siendo posible que la promotora por múltiples razones, no pudiera devolver el dinero, con lo que el comprador se quedaría sin vivienda y sin el dinero que entregó, siendo el comprador titular simplemente de un derecho de crédito frente a la promotora para que le devuelva el dinero entregado a cuenta». Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, en *CCJC*, núm. 46, 1998, pág. 62, que a propósito del referido derecho de crédito, sostiene que carece de cualquier tipo de preferencia o privilegio en caso de insolvencia de la empresa promotora. En la misma línea Cfr. CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Régimen Jurídico de la edificación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 541; GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, en *Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 10/2006; GARCÍA ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., *La situación de pre horizontalidad y la protección jurídica (...)*, op cit., pág. 932.

pueda evitar la disposición de tal vivienda en construcción a favor de un tercero o en su caso la enajenación de la misma en contra de los intereses del comprador titular del asiento referido⁷.

1. Sistema de protección de los adquirentes de viviendas en construcción planteado en Francia. Alternativas para el comprador de vivienda a construir que ha anticipado dinero

Precisamente ante la tremenda inseguridad a la que se enfrentan estos adquirentes de viviendas que han llevado a cabo el anticipo de cantidades a cuenta del total precio de la misma sin que se encuentre terminada, algunos países de nuestro entorno han establecido sistemas de protección de los adquirentes de viviendas en construcción⁸.

Véase por ejemplo la Ley francesa de 3 de enero de 1967, que modificó el Código Civil a los efectos de introducir una suerte de

⁷ Cfr. GARCÍA ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., *La situación de pre horizontalidad y la protección jurídica*, op cit. págs.946 y ss. En el mismo sentido vid. MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude en la compraventa de viviendas futuras (...)”, op cit., pp. 1071 y ss. El profesor MUÑOZ DE DIOS propone la creación de una nota marginal anotada en el folio correspondiente a la finca sobre la que se pretende realizar el edificio, que advierta de la venta de determinadas unidades privativas de obra que están pendientes todavía de construir.

⁸ Con muy poco tiempo de antelación a la promulgación en España de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas de renta libre, en Francia se había promulgado la Ley 67-3, de 3 de enero de 1967, relativa a las ventas de inmuebles en construcción (cfr. Arts. 1601-2, 1601-3 Code Civil). Con posterioridad, en Alemania se promulgó la Makler – und Bauträgerordnung (MaBV) de 1974.

venta a término *«en la que la propiedad del piso pertenece al vendedor hasta la conclusión de la obra, momento en el cual se transmite automáticamente al comprador, con efectos retroactivos, lo que trae consigo la nulidad de los actos dispositivos que entretanto pudiera haber efectuado el vendedor»*.

En el sistema francés se introdujo además otra modalidad denominada “venta en estado de futura terminación” en la que el comprador adquiere desde el momento de perfección del contrato la cuota proporcional del solar correspondiente al piso vendido, así como de lo ya construido, de tal forma que las obras posteriores, a medida que se incorporan al inmueble, pasan a la propiedad del comprador.

En nuestra opinión, mientras la primera de las soluciones adoptadas por la Ley francesa de 3 de enero de 1967 nos parece muy interesante, en tanto que prevé la transmisión automática de la propiedad al comprador en el momento en el que la vivienda está terminada, también es cierto que plantea varios inconvenientes:

- De una parte, no se prevé una solución para el caso de que la vivienda no llegara a terminarse por la causa que sea. Así las cosas, es visto que una situación que se produce de manera frecuente en la práctica y que deja al comprador totalmente desamparado (que la vivienda no se llegue a entregar porque ni siquiera se termine de construir) queda sin solucionar con este remedio propuesto por la Ley francesa de 3 de enero de 1967.

Esta situación de inseguridad para el comprador nos recuerda a la que se plantea en el caso del contrato de cesión de solar por obra, en el que el cedente del solar no tiene la propiedad de absolutamente nada, en el *interin* entre la cesión del solar y la efectiva entrega de la obra construida⁹.

- Y por otra, en caso de que el vendedor llevara a cabo un acto de disposición de la vivienda en construcción antes de que la misma estuviera acabada (y se pudiera verificar por tanto la entrega al comprador) la posibilidad de defensa del comprador perjudicado pasaría necesariamente por instar la nulidad de tales actos de disposición ante los tribunales.

Esta solución que, aunque resulta lenta y engorrosa para el comprador que ve frustrado su legítimo derecho a recibir la entrega de la vivienda una vez que está terminada, no deja de ser una opción interesante para proteger la delicada situación del comprador de vivienda no terminada que ha anticipado cantidades a cuenta del total precio.

En cuanto a la otra modalidad propuesta por la Ley francesa de 3 de enero de 1967, denominada “venta en estado de futura

⁹ La autora de la presente tesis ya planteaba la problemática que se suscita con el contrato de cesión de solar por obra en su trabajo de investigación. De hecho se aboga en dicho trabajo por disponer en todo caso de una garantía previa que cubra la eventual falta de entrega de la obra y proteja así la posición del cedente del solar. Vid. MARTÍNEZ CATALÁ, R., *El contrato de cesión de solar por obra*, Trabajo de Investigación, *pro manuscrito*, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2009, Director: ORDUÑA MORENO, J., *passim*.

terminación” en la que el comprador adquiere desde el momento de perfección del contrato la cuota proporcional del solar correspondiente al piso vendido, así como de lo ya construido, es una solución que entendemos no satisface en absoluto las expectativas del comprador de vivienda que ha anticipado cantidades a cuenta.

A pesar de que en teoría pudiera resultar una solución aparentemente satisfactoria, en la práctica puede ocurrir que las obras efectivamente realizadas apenas consistan en el inicio de la cimentación y que en ese momento las obras se paralicen. En ese escenario el comprador sería titular de la cuota proporcional del solar correspondiente al piso vendido, así como de lo ya construido, esto es algo totalmente distinto a lo pactado.

2. Sistema de protección general de los adquirentes de viviendas en construcción en España

Por lo que se refiere a la situación actual del sistema español, en caso de que la vivienda para cuya compra el adquirente ha llevado a cabo entregas de dinero a cuenta, no llegase a construirse, el comprador no podría llegar a adquirir la propiedad de la misma. En este escenario, el comprador podría exigir el cumplimiento del contrato. Ahora bien en caso de resultar imposible el cumplimiento del mismo, el promotor tendría que exigir a la promotora la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio total.

Planteémonos ¿qué ocurre en el supuesto de que a la promotora no le sea posible devolver esas cantidades?

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, nace precisamente para tratar de ofrecer a los adquirentes de viviendas que realizan anticipos de dinero a cuenta del total precio, cierta protección, teniendo en cuenta que la situación del adquirente en esos casos es tremendamente insegura hasta que el promotor no finaliza la construcción y entrega la obra.

Por lo que se refiere al tipo de contratos que pueden ser objeto de cobertura por la referida Ley, debemos tener presente que, salvo el supuesto de adquirentes que entregan solares a cambio de viviendas a construir (contrato de cesión de solar por obra) a los que no resulta de aplicación la Ley 57/1968, de 27 de julio¹⁰, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (tal y como señala la STS 17 de octubre 2010) la disquisición sobre la naturaleza contractual o precontractual del

¹⁰ En ese sentido, Vid CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 6, Mayo -Agosto, 1995, págs.14 y 15, que señala que «la Ley se refiere a los contratos de cesión de viviendas en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas (artículo 2). No cabe entender que el legislador esté pensando en la cesión típica, la regulada en los artículos 1526 y siguientes del Código Civil; muy al contrario, el término legal pretende que no sea elevada su aplicación de cualquier tipo de operación por la que se transmita y adquiera una vivienda recibiendo el transmitente cantidades a cuenta del precio. Es claro que el contrato más frecuente es la compraventa, pero la terminología empleada impide que un contrato diferente escape de la aplicación de la Ley o pretenda serlo por una interpretación literal”.

negocio por el que adquirente entrega dinero carece de importancia a efectos de aplicación de la ley.

También resulta indiferente si el contrato se denomina como “arras”, “señal”, o cualquier otra forma (Cfr. SAP Madrid 28 de noviembre de 2007 -JUR 2008\101923-)¹¹.

El articulado de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se aplicará también a la promoción de viviendas en régimen de comunidad y a las cooperativas de viviendas (el supuesto de hecho de la norma legal ha sido ampliado por el Decreto 3114/1968).

Si atendemos al concepto de promotor que viene dado por la Ley de Ordenación de la Edificación –LOE- (artículo 9) no aparece referencia alguna al ánimo de lucro, y recordemos que la doctrina y jurisprudencia anteriores a la LOE consideraban el ánimo de lucro un elemento configurador determinante para hablar de la figura de promotor. Precisamente por faltar en la figura de las cooperativas de viviendas el componente de ánimo de lucro, la jurisprudencia no las consideraba promotores a los efectos de someterlas a la responsabilidad decenal¹².

¹¹ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., “Garantías por cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas” en *Derecho de la construcción y la vivienda*, 2ª Ed., 2012, Pamplona, pág. 594.

¹² Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op. cit., págs.52 y ss. El profesor ESTRUCH cita como exponente de ese criterio mantenido por la jurisprudencia anterior a la LOE, la STS 20 de febrero de 1989, que por su interés se extracta en este trabajo. Dice

Este hecho fue objeto de multitud de críticas por parte de la doctrina¹³. A pesar de que efectivamente, la jurisprudencia anterior

la STS 20 de febrero de 1989: «La figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala en reiterada jurisprudencia, tanto en orden a determinar su responsabilidad el artículo 1.591 del Código Civil como a quién ha de calificarse como tal promotor-constructor así, la sentencia de 11 de febrero de 1985 dice que "siquiera sea cierto, como se deja afirmado en esta misma sentencia y en la de 12 de febrero de 1981, que la responsabilidad de ese origen alcanza únicamente al contratista y al arquitecto y deja al margen al mero dueño de la obra, con todo debe matizarse esa delimitación presencia de un "corpus" de doctrina en forma a la figura del promotor y constituido por las sentencias de 28 de noviembre de 1970, 111 17 y 24 de octubre de 1974, 1 de abril de 1977, 9 de marzo de 1981 y, últimamente, de 1 de marzo y 13 de junio de 1984, esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación (a veces sobre plano) en régimen de propiedad horizontal, no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto, la exoneración de aquélla de la responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor-constructor, y como expresó la últimamente citada, ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero" intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la actora "Sociedad Cooperativa de Responsabilidad M.", constituida por escritura pública de 8 de febrero de 1980, regida por la hoy derogada Ley 52/1974, de 19 de diciembre, y su Reglamento de 16 de noviembre de 1978 (arts. 103 a 107, especialmente) y cuyo objeto, descrito en el artículo 2 de sus estatutos sociales, era "la promoción de viviendas para ser adjudicados exclusivamente a sus asociados y familiares" de acuerdo con el concepto que de esta clase de cooperativas da el artículo 103 del citado Reglamento, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma Cooperativa se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra legitimada frente al contratista y técnicos intervinientes en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del artículo 1.591 del Código Civil».

¹³ Como exponentes de los autores que mostraron una visión crítica de la postura de la jurisprudencia que no consideraba a las cooperativas de viviendas promotores a los efectos de someterlas a la responsabilidad decenal, véanse MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., "La responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil. Referencia a los años noventa", en AC, 1993, págs.1903 y siguientes; CORDERO LOBATO, E., "Comentario a las STS de 3

a la LOE no consideraba a las cooperativas de viviendas sujetas las responsabilidades derivadas de los vicios constructivos, tanto las cooperativas de viviendas como las comunidades de propietarios siempre han estado sujetas, como cualquier otro promotor, a las obligaciones establecidas en la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas a cuenta por los comuneros o cooperativistas¹⁴.

Por su parte el Real Decreto 2028/1995, extiende asimismo las garantías del Decreto 2114/1968 (esto es, la obligación del promotor oficial de garantizar el riesgo de no devolución de las cantidades anticipadas percibidas en los casos en que la edificación no se lleve a cabo) a las Viviendas de Protección Oficial realizadas a través de esas fórmulas¹⁵.

Así, entre otros requisitos, el artículo 114 del Decreto 2114/1968 exige para que determinados promotores de VPO

de octubre de 1996”, en *CCJC, número 43*, 1997, pág. 248; CADARSO PALAU, J., “Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra (según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de modificación del Código Civil”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J., (Coord.), *Contrato de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*, Jaén, 1996, pág.125.

¹⁴ Actualmente las cooperativas también son incluidas por nuestros tribunales en el concepto de promotor, superando así la anterior doctrina jurisprudencial, véase por todas la STSS 426/2015.

¹⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Garantías por cantidades anticipadas (...)*, op. cit. págs.596 y ss. En el mismo sentido Vid. MILÀ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, *pro manuscrito*, Universitat Pompeu Fabra, Director: SALVADOR CODERCH, P., 2012, pág. 321.

“puedan percibir de los compradores o adquirentes durante el período de la construcción y una vez otorgada la calificación provisional la parte de precio (...) [o] el precio total (...)” entre otras condiciones:

“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 (...)”.

Las relaciones contractuales que se establecen entre ambas partes, a propósito de la adquisición de la vivienda por parte del particular, tienen un carácter civil¹⁶. Se trata de una relación civil en tanto que estamos ante “una relación normalmente desequilibrada

¹⁶ AGUIRRE ZAMORANO, P. J., “Las compraventas especiales”, en *La compraventa: Ley de Garantías*, (Dir. AGUIRRE ZAMORANO, P. J.), Madrid 2006, págs. 96-99.

Pone de manifiesto AGUIRRE ZAMORANO, que la cuestión de la calificación del contrato de compraventa como de naturaleza civil o mercantil, es una cuestión nada pacífica en nuestra doctrina científica. Mantiene el referido autor que, atendiendo al Derecho positivo e interpretando sus normas podemos concluir que la compraventa de vivienda por el particular como destinatario final, tiene carácter civil en todo caso. Llegamos a la anterior conclusión, por cuanto el artículo 325 C. Com., declara mercantil la compraventa cuando el comprador, comerciante o no, adquiere las cosas con objeto de revenderlas, lucrándose con esa venta. Por su parte, el artículo 326 C. Com., niega el carácter mercantil a las compras: a) de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren.

Así, según el repetido autor: “las ventas hechas a un consumidor final nunca son mercantiles. Así lo reseña el artículo 335 C. Com. y lo recuerda el artículo 326.1 que es repetitivo”.

entre una empresa fuerte que impone sus condiciones y un consumidor, que como parte débil del contrato debe aceptarlas si quiere adquirir la vivienda”; por esta razón 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias], en adelante LGDCU, incluye a los inmuebles como objeto de actos de consumo (art. 1.2) siempre que el adquirente sea una persona física o jurídica que contrate como destinatario final de la prestación o prestaciones objeto del mismo, sin el fin de integrarlas en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1.3). En consecuencia, la adquisición inmobiliaria entendida como acto de consumo queda reducida a la adquisición de vivienda, para residencia habitual o temporal, presente o futura, pero con unas peculiaridades típicas de la contratación en masa¹⁷.

3. La compraventa de vivienda por parte de particular como acto de consumo

Partiendo de la base que la compraventa de vivienda por parte de particular está considerada como acto de consumo, resulta significativo, precisamente por la gran importancia que tiene este

¹⁷ DE LEÓN ARCE, A. “El contrato de adquisición de la propiedad de la vivienda. Introducción y normativa aplicable”, en *Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Valencia 2007, Epígrafe 27.

contrato a nivel económico, que no hallemos en la LGDCU aspectos específicos de la contratación de viviendas.

La LGDCU ha sido derogada por 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁸.

La adquisición de una vivienda como acto de consumo, supone una compraventa en la que el comprador va a ser su destinatario final y el vendedor un profesional de los negocios inmobiliarios. La vivienda se considera objeto del denominado Derecho de consumo porque responde a una necesidad personal y, es por ello que es objeto de consumo¹⁹. El comprador de una

¹⁸ Del TRLGDCU destacamos, en relación con la compraventa de viviendas, el régimen de responsabilidad que se establece en los artículos 148 y 149 de dicho texto legal.

Dice el Artículo 148 TRLGDCU. Régimen especial de responsabilidad: *«Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.»*

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros».

Y establece el Artículo 149 TRLGDCU. Responsabilidad por daños causados por la vivienda: *«Será aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico».*

¹⁹ CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1992, págs.18 y ss y 293

vivienda merece, sin duda, la consideración de consumidor y ha de gozar de la protección específica que el ordenamiento jurídico otorga al mismo²⁰.

Por lo que se refiere a las previsiones legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, en relación con la regulación del referido contrato, debemos destacar la regulación incluida en el Código Civil. Así, el concepto del contrato de compraventa que podemos extraer del código es: un negocio bilateral en el sentido de que intervienen dos partes, que son el vendedor (o vendedores), por un lado, que es quien se obliga a entregar una cosa determinada y a responder en caso de evicción (arts. 1445 y 1461 CC) y el comprador (o compradores), por otro, que es quien paga un precio como contraprestación de la entrega²¹.

Nuestro código, aunque obsoleto en muchos aspectos de Derecho patrimonial²², sigue conservando la influencia de un sistema liberal de contratación, manteniendo el principio de la

y ss. Señala el indicado autor, que «en el sector de la vivienda se encuentra una de las características más constantes del Derecho del consumo: la persona que se aloja, el consumidor de viviendas, está normalmente en una posición de debilidad en relación con la persona que le procura una vivienda. Este desequilibrio no se explica solamente por el exceso de la demanda sobre la oferta. El mismo se produce, sobretodo, por la desigualdad de los sujetos: uno es un profano; el otro, a menudo un profesional en cuestiones inmobiliarias. Las consecuencias de la desigualdad son agravadas por la complejidad de los contratos y por la importancia de las sumas expuestas.

²⁰ CABANILLAS SANCHEZ, A., *Las garantías del comprador (...)*, op. cit., pág. 12.

²¹ Vid artículo 7 LGDCU (actualmente derogado por el TRLGDCU).

²² Tal y como denuncia DE LEÓN ARCE, A., *El contrato de adquisición de la propiedad de la vivienda (...)*, op. cit., epígrafe 27.

autonomía de la voluntad contractual, limitado tan sólo por la necesidad de que las estipulaciones no sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público (Artículo 1255 Código Civil), estableciendo además, como límites genéricos a la misma, la prohibición de dejar el cumplimiento al arbitrio de una sola de las partes (Artículo 1256 Código Civil), la nulidad de la renuncia a la *actio doli* o responsabilidad procedente de dolo (Artículo 1102 Código Civil), la nulidad del contrato por vicios del consentimiento (arts. 1300 y ss. en relación con el los principios contra *stipulatorem* y *favor debitoris* en la interpretación de los contratos (Artículos 1281 y ss Código Civil) las garantías por vicios ocultos (Artículos 1484 y ss Código Civil); el carácter alternativo y la revisión judicial de las cláusulas penales (Artículos 1152 a 1154 Código Civil) y el específico precepto sobre responsabilidad de los promotores, constructores y técnicos por defectos en la construcción (Artículo 1591 Código Civil) en sede de la regulación del contrato de obra, que tanta doctrina y jurisprudencia ha desarrollado y que en estos momentos se cuestiona su vigencia y aplicación para los defectos surgidos en viviendas de nueva construcción y en obras de remodelación de edificios existentes para cuyos proyectos se haya solicitado la correspondiente licencia de edificación a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación²³.

²³ Cfr. DE LEÓN ARCE, A., *El contrato de adquisición de la propiedad (...)*, op. cit., epígrafe 27.

La adquisición inmobiliaria entendida como acto de consumo queda reducida a la adquisición de vivienda (para residencia habitual o temporal, presente o futura) pero con unas peculiaridades típicas de la contratación en masa.

Precisamente en masa se contrata en estos momentos, con gran frecuencia. Ya por medio de contrato en obra o sobre plano, con numerosos problemas a la hora de la entrega, pues como se ha puesto de relieve, hoy la inmensa mayoría de las viviendas y locales que se construyen no se hacen por encargo del futuro destinatario, propietario del suelo, sino a iniciativa del mismo constructor o de un promotor de la construcción, que actúa con la finalidad de venderlas (ya en proyecto, ya en ejecución de obra, ya concluida ésta).

II. DE LA JUSTIFICADA ALARMA SOCIAL PROVOCADA POR LA REITERADA COMISIÓN DE ABUSOS QUE DIO ORIGEN A LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO

Como indicábamos al comienzo de este capítulo, en los últimos tiempos, la forma que tiene el particular (consumidor) para acceder a la propiedad de una vivienda es por medio de un contrato de compraventa con la promotora-vendedora antes incluso de que la construcción de la misma esté finalizada.

Paralelamente a esa realidad, que consiste en suscribir contrato de compraventa respecto de una vivienda que está

pendiente de construcción, o en su caso de finalización, nos encontramos también con que los consumidores que pretenden adquirir la propiedad de una vivienda tienen que “anticipar” ciertas cantidades de dinero a cuenta del total pago del precio, a los efectos de que el promotor pueda sufragar parte de la construcción.

De este modo, en numerosas ocasiones, el comprador ha entregado cantidades a cuenta del precio de la vivienda mientras ésta se encuentra en construcción, situándose aquél en una posición de manifiesta debilidad, frente a un promotor-vendedor que no tiene obligación de cumplir en tanto la vivienda no se encuentre finalizada²⁴.

²⁴ El profesor ESTRUCH llama la atención sobre el hecho de que en este caso (en el que el comprador no tiene derecho a que se le entregue la vivienda en tanto la misma no haya sido construida y finalizada) el comprador no tiene ningún privilegio o preferencia ante la insolvencia del vendedor, y desde luego tampoco adquiere derecho real alguno sobre la vivienda hasta que se otorgue la correspondiente escritura pública a su favor o, en su caso, se le entregue la posesión física de la misma. Vid. 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”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23, 2009, págs. 157-168.

CABANILLAS SÁNCHEZ (vid. CABANILLAS SANCHEZ, A., “La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos. Comentario a las sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 1991”, en *ADC*, 1982, pág. 888, y en *Ibidem*, *Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas (...)*, op. cit. pág. 9, pone el acento en la necesidad en la que se encuentran muchos promotores de financiar parte de la construcción con cargo en los anticipos del total precio que entregan los compradores, antes de que la construcción finalice. Así indica el referido autor que generalmente, la venta de viviendas en proyecto o en construcción se lleva a cabo a través de la firma de un documento privado, muchas veces calificado de simple promesa de venta. Por su parte el título constitutivo (usualmente denominado división

En ese escenario nace la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas²⁵.

horizontal) no se formalizará hasta que la construcción esté finalizada o en su caso muy avanzada. Por su parte la entrega de la vivienda se llevará a cabo sólo en el momento en que la misma esté terminada, y sólo entonces «y muchas veces después, si aún hay pagos diferidos, se otorga la escritura pública de compraventa». En este punto, y citando a De la Cámara (Vid. DE LA CAMARA, con colaboración de GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT, “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pág. 915), véase que ese modo de operar en la práctica, no ofrece suficiente garantía al comprador, que se halla expuesto a dos clases de riesgos: 1) que el vendedor no cumpla el contrato (esto es, que no construya la vivienda o no la construya en las condiciones convenidas y destine el dinero recibido de los compradores a otros menesteres. Y, 2) El hecho de que continúe en el dominio del vendedor tanto el solar como la obra hasta que se verifique la entrega de la vivienda. Como continuará figurando inscrita la vivienda a nombre del vendedor, la situación de riesgo para el comprador se prolongará hasta que se verifique el cambio de inscripción, ante la posibilidad de que aparezca un tercero protegido por la fe pública registral.

Precisamente para evitar el primero de los riesgos que han sido relacionados, y evitar así que el vendedor se gaste las cantidades recibidas a cuenta, sin invertirlas en la construcción y venta de viviendas, es por lo que se promulgó la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

Por otra parte, vid. CARRASCO PERERA, y OTROS, en *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., pág. 593. Los referidos autores señalan que como quiera que los compradores que hubieran adelantado cantidades a cuenta del precio final, cuando el promotor no cumpla sus obligaciones de entrega, al no finalizar la construcción, «no dispondrán 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 art. 1597 CC), 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». Puntualizan los citados autores, que esta escasa cobertura del riesgo era tanto más acuciante cuanto que normalmente el adquirente de vivienda en esta adquisición la práctica totalidad de sus ahorros.

²⁵ Esta norma ha sido parcialmente derogada por el Código Penal de 1995

En el Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas se advierte precisamente que *«es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella»*.

Así, como señala el Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, la misma surge como consecuencia de la justificada alarma provocada por la reiterada comisión de abusos²⁶. La Doctrina es unánime al destacar la importancia que tuvo en cuanto a la promulgación de la referida Ley, el caso de la empresa construcciones “Construcciones Nueva Esperanza, SL”, Cones, en 1963²⁷.

aunque es lo cierto que determinados tipos penales genéricos regulados en el Código Penal, en la práctica, son plenamente aplicables al mercado de la vivienda. Vid. STS 22 septiembre de 1997-RJ 1997\6410-. Cfr. GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas (...)”, op cit., págs. 1 y 2)

²⁶ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de viviendas en construcción (...)”, op cit., pág. 267.

²⁷ LUZÓN CUESTA, J. M., en su obra *Fraudes inmobiliarios*, Colex, Madrid, 1992, pág. 17, mantiene que la presión de la opinión pública a través de la prensa ante una situación tan anómala como la apreciada en la estafa de la empresa “Construcciones Nueva Esperanza, SL”, fue el origen de la Ley de 27 de julio de 1968. También el profesor ESTRUCH ESTRUCH hace una mención extensa al caso de a estafa de la empresa “Construcciones Nueva Esperanza, SL”, como uno de los hitos que más influyeron en la promulgación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, de sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas...*, op. cit., págs. 52 y

Se trata de un caso que afectó a 10.615 personas, en varias provincias españolas (perjudicó a adquirentes de Alicante, Andalucía, Barcelona, Castellón, Madrid, Murcia y Valencia). Con el dinero obtenido por la entrega a cuenta de los compradores de las futuras viviendas la empresa Cones, en lugar de construir las viviendas que estaba vendiendo, compraba solares, que posteriormente tuvo dificultades para vender y así poder construir las viviendas comprometidas.

El juicio se celebró en Madrid en 1976, habiendo sido incoado por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Valencia tras recibir varias denuncias²⁸.

Reconoce el referido Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que: *«la justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto»*.

siguientes).

²⁸ Información extraída del periódico El País, correspondiente a la publicación de los días 15 de junio de 1976 y 22 de junio de 1980.

En cuanto a los abusos que dieron lugar a la alarma social a la que hacíamos referencia, y que están en el origen de la promulgación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, téngase en cuenta que se trata de un problema que tiene una vertiente jurídico-privada, que viene unida a otra de carácter jurídico – penal.

Es por ello, que en el propio Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se hace notar: *«las medidas de garantía que se propugnan fueron establecidas para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de tres de enero de mil novecientos sesenta y tres, las que se estima necesario extender a toda clase de viviendas y que han de conjugarse con otras de carácter gubernativo y penal que sancionen adecuadamente tanto las conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad como la realización de hechos que revistan caracteres de delito; unas y otros se encuentran encuadrados en la Ley de Orden Público de treinta de julio de mil novecientos cincuenta y nueve y en el Código Penal, y en éste concretamente con la interpretación jurisprudencial de los delitos comprendidos en las secciones segunda y cuarta del capítulo IV, defraudaciones, al dar vida al denominado delito único, delito masa, ya que los actos que se realicen y afecten a la comunidad o convivencia social y al interés público son dignos de la mayor protección, de la que se hizo eco la Fiscalía del Tribunal Supremo en circular de uno de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, alusiva a la alta función*

de promover la acción de la justicia que corresponde al Ministerio Fiscal en cuanto concierne al interés público».

Mediante la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que por su antigüedad no es muy conocida, se reconoce a favor del adquirente de una vivienda que entregue anticipos de dinero a cuenta del total precio, una serie de mecanismos civiles, administrativos o penales, para el caso de que el vendedor incumpla su obligación de entrega, de modo que éste puede hacer valer sus derechos.

A pesar de que tales mecanismo ya venían reconocidos de una manera dispersa en la normativa civil, administrativa y penal, vienen a aglutinarse y clarificarse con la Ley 57/1968, de 27 de julio²⁹.

1. Antecedentes legislativos de la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

El interés jurídico protegido por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se sustenta en el desequilibrio económico y social que puede presentar el comprador de vivienda frente al

²⁹ CONTIJOCH PRATDESABA, R., *La compraventa de inmuebles*, Barcelona, 1996, pág. 117.

promotor-vendedor de las mismas, ya sean viviendas libres o protegidas.

Debemos tener presente la desigualdad subjetiva entre quien cede y quien adquiere, un desequilibrio que podemos apreciar claramente si comparamos el *status* de uno (usuario que arriesga la mayor parte de su esfuerzo económico en adquirir el bien patrimonial más importante de su vida: la vivienda) frente al otro (profesional cedente para quien una vivienda es sólo una simple unidad de producto cuyo buen fin poco o nada puede afectar al conjunto de su estructura patrimonial).

El sistema, en definitiva, viene a contrapesar un modo comercial, *prima facie* patológico, en que uno interviene como sujeto particular y a pesar de ello como financiador anticipado (y por necesidad), mientras que el otro, lo hace como sujeto empresarial, y sin embargo beneficiario de la financiación (sin costes) que le reporta el consumidor-usuario adquirente con el precio entregado antes de la construcción de la vivienda, circunstancia que se completa con la ventaja de poder prescindir de la financiación bancaria (sin costes)³⁰.

El sistema de protección iniciado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se vivificó a través de la normativa dictada en defensa de los consumidores, lo cual es lógico habida cuenta que se

³⁰ GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio (...)”, op cit., pág. 2.

trataba de un conjunto de medidas de protección a modo de derecho de consumo³¹.

Antes de la vigencia de esta Ley especial el régimen jurídico de las compraventas de viviendas en construcción con precio entregado anticipadamente, se regulaba únicamente por el sistema genérico de la compraventa de cosas futuras que parte del contenido del artículo 1271 del Código Civil³².

Para recuperar las sumas entregadas el adquirente tenía en definitiva que pasar por vencer en juicio al promotor–vendedor y además tener la suerte de que, una vez acabados los pleitos, éste gozara aún de solvencia para cumplir la condena mediante la devolución de las cantidades del precio anticipado de las viviendas finalmente no construidas³³.

³¹ OROZCO PARRDO, G., “Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en *Aranzadi Civil núm. 10/2002*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

³² Según el artículo 1271 CC: «*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.*

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».

³³ Vid. GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas (...)”, op cit. pág. 3. El referido autor señala que “Precisamente resulta incomprensible nuestro ordenamiento jurídico en la resolución de este problema, pues a pesar del destino ciertamente refaccionario de las entregas del precio anticipadas, si finalmente las obras de las viviendas no se terminan «el crédito que ostenta el comprador frente al constructor no es privilegiado»”. Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, en “Comentario a la STS de 22/09/1997”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil número 46/1998*, Civitas,

La solución entonces se buscó por el legislador fuera del núcleo regulador específico del negocio que quedaba no perfeccionado. «De este modo, la Ley 57/1968, de 27 de julio, no derogó ni modificó en lo más mínimo el preexistente régimen jurídico de la compraventa de bienes futuros del Código Civil, pero creó un nuevo régimen obligatorio no subsidiario sino paralelo, de seguridad cualificada subjetiva y objetivamente tipificada que implantó dicho régimen legal sin alterarlo»³⁴.

Esta Ley fue parcialmente desarrollada solo en cuanto al seguro de CEC, por la Orden de 29 de noviembre de 1968 del Ministerio de Hacienda³⁵.

Como se establece en el Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, las garantías establecidas en dicha Ley parten de aquellas medidas de garantía que fueron establecidas para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963, que son las que se estima necesario extender a toda clase de viviendas; habiendo de conjugarse con otras de carácter gubernativo y penal que sancionen adecuadamente tanto las conductas atentatorias a los más altos intereses de la comunidad, como la realización de hechos que revistan caracteres de delito.

Madrid, 1998, pág. 62

³⁴ Vid. GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas (...)”, op cit. pág. 3.

³⁵ BOE 5 de diciembre de 1968, número 292.

Por tanto, tal y como se reconoce en el Preámbulo de la Ley, el origen de las normas que regulan el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas se encuentra en el Decreto de 3 de enero de 1963, sobre publicidad y percibo de cantidades a cuenta en viviendas de protección estatal, unas normas que luego serían acogidas por el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (artículo 114 del Decreto 2114/1968³⁶, de 24 de julio) que derogó de manera expresa el Decreto 9/1963.

³⁶ Los requisitos exigidos por el artículo 114 del Decreto 2114/1968 para que el promotor de viviendas de protección oficial pueda percibir de los compradores o adquirentes cantidades anticipadas durante el período de construcción de las viviendas y una vez otorga la calificación provisional, son los siguientes:

«1º Que el número de futuros adquirentes no sea mayor que el de las viviendas calificadas provisionalmente.

2º Que las cantidades anticipadas se apliquen única y exclusivamente a la construcción de las viviendas, siendo ingresadas en cualquier establecimiento bancario o Caja de Ahorros a disposición del promotor, con distinción de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al mismo.

3º Que en los contratos que otorguen para formalizar las entregas a cuenta se haga constar de manera indubitada la cuantía de las mismas, los plazos en que han de ser satisfechas, la cuenta especial de la entidad bancaria o caja de ahorros ha de verificarse el ingreso y la garantía que haya sido constituida por el promotor entre las previstas en el apartado b) de la condición cuarta.

4º Que solicite la pertinente autorización previa de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Vivienda en cualquier momento anterior a la calificación definitiva. En la solicitud de autorización deberá hacer constar el importe total de las cantidades que pretenda obtener por este concepto.

A la solicitud deberá acompañar necesariamente:

a) Certificación del Registro de la Propiedad acreditativa del dominio de los terrenos o del derecho que faculte al promotor para realizar la construcción y que se hallan libres de cargas y gravámenes, salvo aquéllos constituidos en garantía de devolución de los préstamos o anticipos concedidos para la construcción de las viviendas.

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

Esta regulación tiene un carácter restrictivo en cuanto al ámbito de aplicación y requisitos que exige³⁷:

- a) El supuesto de entrega de cantidades a cuenta queda limitado a la fase de construcción de la obra, sin que se haga referencia alguna al estadio previo al inicio de la construcción.
- b) Exige la solicitud de autorización gubernativa acompañada a la garantía constituida con carácter previo a la apertura de la cuenta, de modo que no es posible la formalización simultánea del aval y de la apertura de la cuenta.
- c) Se solicita certificación del registro de la propiedad acreditativa; i) del dominio de los terrenos o del derecho que faculte al promotor para realizar la construcción; y, ii) que se hallen libres de cargas y gravámenes.

Por lo que se refiere a los avales a promotores, el artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, fue desarrollado por la OM de 30 de mayo de 1970, en el que se establecen con carácter imperativo los elementos personales, reales y formales del aval a extender en garantía de las cantidades entregadas a cuenta de la compra de Viviendas de Protección Oficial (VPO).

Viviendas, la certificación de garantía concedida por la Obra Sindical de Cooperación será admitida en sustitución de aval o seguro exigido al resto de los promotores».

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”, en *Otrosí (Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid)*, octubre, 1995, págs.48 y 49.

2. De la derogación de la ley 57/1968, por la ley 20/2015, de 14 de julio

La Ley 57/1968, 27 julio, ha sido derogada por la letra a) de la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras³⁸ («B.O.E.» 15 julio 2015), que será aplicable a partir del 1 de enero de 2016.

También refunde las disposiciones que continúan vigentes, así como el nuevo sistema de solvencia y otras normas que se ha considerado necesario introducir, teniendo en cuenta la evolución del mercado asegurador.

³⁸ Esta norma sustituye el vigente texto refundido (aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre), por una nueva ley que incorpora a nuestro ordenamiento el contenido de la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Directiva Solvencia II), junto con sus importantes modificaciones en el esquema de supervisión de la actividad aseguradora.

Vid el apartado Tres de la Disposición Final tercera de la Ley 20/2015, que modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en los siguientes términos: «Se añade una disposición transitoria tercera, con la siguiente redacción:

Disposición transitoria tercera. Adaptación al régimen introducido por la disposición adicional primera «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción», en su redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, que modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la disposición final tercera. dos de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción» de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación».

La Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, contiene la modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. En concreto se modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación³⁹.

³⁹ El apartado dos, de la Disposición final tercera de la ley 20/2015, de 14 de julio, modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en los siguientes términos: «Dos. Se modifica la disposición adicional primera, que queda redactada como sigue:

«Disposición adicional primera. Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción.

Dos. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas.

1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

a) 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.

b) 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.

2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.

Dos. Requisitos de las garantías.

1. Para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales.

b) 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.

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.*

d) *Corresponde la condición de asegurado al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.*

e) *El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible.*

f) *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.*

g) *La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.*

h) *En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido al 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.*

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

i) *En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.*

j) *El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos.*

k) *En el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.*

l) *En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.*

2. *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.

Tres. Información contractual.

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 faculden 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.

Cuatro. Ejecución de la garantía.

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 una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

Cinco. Cancelación de la garantía.

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 si el adquirente rehusara recibir la vivienda.

Seis. Publicidad de la promoción de viviendas.

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

más los intereses legales desde la obtención de la licencia de edificación.

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.

Siete. Infracciones y sanciones.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el apartado uno.1 de esta disposición dará lugar a una sanción de hasta el 25 por 100 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 lo anterior, se impondrán al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.

Ocho. Desarrollo reglamentario.

Reglamentariamente podrán determinarse los organismos públicos de promoción de viviendas que se exceptúen de los requisitos establecidos en esta disposición adicional.

El Gobierno podrá dictar las disposiciones complementarias para el desarrollo de lo dispuesto en esta disposición adicional».

CAPÍTULO II

LAS GARANTÍAS SOBRE EL PERCIBO DE CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS EN LA REGULACIÓN DE NUESTRO ENTORNO

SUMARIO:

I. REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO (FRANCIA, ITALIA Y ALEMANIA). DERECHO COMPARADO. *1. Sistemas de transmisión de la propiedad en los países de nuestro entorno. 1.1 Derecho francés. 1.2 Derecho italiano. 1.2.1. La transmisión de la propiedad en el sistema civil italiano. 1.2.2. La protección al adquirente de vivienda a construir que realiza entregas anticipadas a cuenta del precio. 1.2.3. Sujeto activo y pasivo. 1.2.4. Ámbito de aplicación objetivo. 1.2.5. Obligación y responsabilidad del fiador. 1.2.6. La obligación de tener un seguro. 1.3 Derecho alemán.*

II. DERECHO AUTONÓMICO ESPAÑOL. APUNTES SOBRE MENCIONES ESPECÍFICAS A LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO EN ESTE TRABAJO EN LEGISLACIÓN ESPECÍFICA AUTONÓMICA. *1. Andalucía. 2. Islas Baleares. 3. Cataluña. 3.1 Regulación establecida por la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda. 3.2 Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda. 4. Comunidad Valenciana.*

I. REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO (FRANCIA, ITALIA Y ALEMANIA). DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado se hallan distintas formas de organizar este interés protegido⁴⁰, y así vemos por ejemplo, que en Portugal se creó la figura del derecho de retención del promitente-comprador (*direito de retenção do promitente-comprador*) que faculta al adquirente de la vivienda en construcción que haya entregado cantidades a cuenta del precio a retener la misma con preferencia sobre otros derecho y cargas recayentes en la vivienda, incluso inscritos en el Registro de la Propiedad (registro predial). En cambio en Francia, se ha optado por la persecución penal, creando un subtipo de las estafa (apropiaciones indebidas) que se hallaba previsto en el ya derogado artículo 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

1. Sistemas de transmisión de la propiedad en los países de nuestro entorno

A los efectos de mostrar una visión general del tratamiento de la cuestión objeto del presente trabajo⁴¹ en los sistemas jurídicos de

⁴⁰ Vid. GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas (...)”, op cit. pág. 3.

⁴¹ Esto es, las garantías en el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

los países de nuestro entorno ⁴², resulta interesante apuntar brevemente y con carácter previo a analizar el tratamiento que recibe el asunto en las respectivas legislaciones nacionales, cuál es el sistema de transmisión de la propiedad en los distintos sistemas jurídicos a los que haremos referencia.

Ahora bien el problema que plantea esta cuestión es ajeno al sistema adquisitivo, pues en definitiva la complicación estriba en que el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes no es simultáneo.

Precisamente porque el cumplimiento de las obligaciones de las partes no es simultáneo el adquirente se encuentra en una clara situación de inferioridad respecto del promotor, por cuanto la entrega de la vivienda comprometida se difiere en el tiempo por lo que el adquirente debe procurarse algún tipo de garantía para obtener la eventual devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del total precio, para el caso de que el promotor no cumpla lo pactado. Esa es precisamente la vocación con la que nace la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y posteriormente la DA1^a LOE (introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

A continuación haremos referencia brevemente a los sistemas adquisitivos aplicables en los países de nuestro entorno, para más

⁴² Tomaremos como referencia a título de ejemplo, y no siendo posible extendernos más en este punto, los sistemas Jurídicos de Francia, Italia y Alemania.

tarde ver cómo solucionan dichos países la cuestión de la compra de viviendas en construcción con anticipos a cuenta.

Los sistemas jurídicos de los países de nuestro entorno, que en general tienen sistemas adquisitivos distintos, en esencia, contienen una protección similar a la reflejada en la Ley 57/1968, de 27 de julio. Un sistema que prácticamente se reproduce en la modificación de la misma que introduce la Ley 20/2015, de 14 de julio, al incluir una Disposición adicional primera a la LOE.

1.1. Derecho francés

El modelo de transmisión de la propiedad que encontramos en Francia es *solo consensu*, esto es en virtud del acuerdo de las partes. Se trata de un sistema que se formula por primera vez en el Código Civil francés y de ahí se traslada a otros Códigos redactados bajo su ámbito de influencia (como es el caso del italiano, portugués y belga)⁴³.

⁴³ Como se señala en ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Registradores de la Propiedad, Thomson Reuters, 1ª ED., Navarra, 2009, pág. 76: «este cambio respecto del sistema transmisivo romano se debe a la influencia de la doctrina iusnaturalista, que inspirada en un orden racional – natural, atribuía una gran importancia a la voluntad contractual».

Los máximos representantes de esta doctrina fueron GOTTFRIED, W., LEIBNIZ, G., y DOMAT, J., (este último en concreto era partidario de la teoría del título y el modo para la transmisión de la propiedad). Estos autores tuvieron una gran influencia en el proceso codificador francés.

En relación con este tema Vid. WIFACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción Fernández Jardón, F., Aguilar, Madrid, 1957,

En el modelo francés no se distingue entre los efectos obligacionales de la prestación del consentimiento y los efectos reales del contrato. La perfección del contrato coincide con el efecto transmisivo, de modo que el comprador deviene propietario en ese mismo momento, y sólo resta que se produzca la entrega posesoria al comprador, sin que dicho acto implique la “traditio” romana, sino una mera entrega («délivrance»)⁴⁴.

La perfección del contrato determina no sólo la transmisión de la propiedad, sino también la transmisión de los riesgos a favor del adquirente, riesgos que suponen la pérdida o el menoscabo del bien objeto de la venta (esto se deduce de los artículos 1624 y 1138 Code)⁴⁵ «*La cuestión de saber sobre quién, de entre el vendedor y el comprador, recaerá la pérdida o el deterioro de la cosa vendida antes de su entrega, se juzgará según las reglas prescritas en el título "De los contratos o de*

pág. 343.

⁴⁴ Los principales precepto del Código Civil francés de los que se deduce este sistema son el artículo 711, que establece que la propiedad de los bienes se adquiere por la sucesión, por la donación inter vivos y por efecto de las obligaciones; el artículo 1138, en virtud del cual la obligación de entregar la cosa surge desde el consentimiento de las partes, y el artículo 1538, que establece que la venta es perfecta entre las partes y la propiedad es transmitida al adquirente desde que hay acuerdo en la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido entregada y el precio pagado. Vid. ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit. pág. 76. Estos mismos autores añaden que, esos mismos preceptos, incluso con el mismo número, se encuentran en el Código civil belga.

⁴⁵ Cfr. BARRET, O., voz. *Vente (effets)*, Encyclopédie Dalloz, 2007, consultado en <http://www.dalloz.fr>, MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil. Principaux contrats. Vente et échange*, 7ª Edición, a cargo de Juglars, M., Éditions Montchrestien, París, 1987, pág. 180. GHESTIN, J., DESCHÈ, B., *Traité des contrats. La vente*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1990, pág. 1 y siguientes.

las obligaciones convencionales en general"». y «La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes. Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de éste último».

Destáquese el Capítulo III-I del Título VI del Código Civil Francés con la rúbrica: “De la venta de inmuebles a construir”, comprensivo de los artículos 1601-1 a 1601-4⁴⁶.

El sistema registral francés es un sistema de transcripción, los documentos que acceden al Registro de la Propiedad se archivan formando volúmenes. El registro no se lleva por fincas, con folio

⁴⁶ Destacamos el Capítulo III-I del Título VI del Código Civil Francés con la rúbrica: “De la venta de inmuebles a construir”:

Artículo 1601-1 La venta de un inmueble por construir es aquella por la cual el vendedor se obliga a edificar un inmueble en un plazo determinado por el contrato.

Podrá ser concluido a término o en el estado futuro de terminación.

Artículo 1601-2 La venta a término es el contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar el inmueble a su terminación y el comprador se obliga a recibirlo y a pagar el precio en la fecha de entrega. La transferencia de propiedad se opera de pleno derecho mediante la constatación en escritura pública la terminación del inmueble; producirá sus efectos retroactivamente al día de la venta.

Artículo 1601-3 La venta en el estado futuro de terminación es el contrato por el cual el vendedor transfiere inmediatamente al comprador sus derechos sobre el suelo así como la propiedad de las construcciones existentes. Las obras a realizar devienen propiedad del comprador a medida de su ejecución; el comprador estará obligado a pagar el precio a medida del avance de los trabajos.

El vendedor conservará los poderes de propietario de la obra hasta la recepción de los trabajos.

Artículo 1601-4 La cesión por el comprador de los derechos que tenga de una venta de inmueble a construir subrogará de pleno derecho al cesionario en las obligaciones del comprador frente al vendedor.

Si la venta fuera acompañada de mandato, éste subsistirá entre el vendedor y el cesionario.

Estas disposiciones se aplicarán a toda transmisión de bienes entre vivos, voluntaria o forzosamente, o por causa de fallecimiento.

real, sino por personas (aunque en Francia desde 1955 se lleva un registro complementario por inmuebles, “Fichier immobiliere” que sigue siendo puramente accesorio)⁴⁷.

El principal efecto que produce la inscripción en el Registro de la Propiedad es que sólo los titulares que ya han inscrito su derecho en el Registro pueden oponer su situación frente a quien pretende tener otra titularidad definitiva. Quien no ha registrado su contrato no puede oponer su derecho a terceros (en virtud del artículo 30 del Decreto de 4 de enero de 1955). Y ello por cuanto se aplica la regla de prioridad, por la cual quien deposita el título con anterioridad en el Registro puede alegarlo frente a los demás⁴⁸. Así pues conviene a las partes inscribir su derecho cuanto antes, sobre todo para evitar pérdidas del objeto como consecuencia de eventuales segundas ventas fraudulentas.

«Para obtener una titularidad definitiva y segura, sistemas como el francés acuden a un sistema de “purga”, por lo que es preciso obtener por sentencia judicial la impugnación de la validez o subsistencia de los otros derechos inscritos.

⁴⁷ Vid. ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit. pág. 76.

⁴⁸ Es lo cierto que el Registro no identifica al titular cierto y último, por cuanto no se produce una depuración ex ante de los documentos que deben ingresar al Registro (se admiten todos los que cumplan los requisitos formales, con independencia de su adecuación a la legalidad vigente) sino que sólo delimita el grupo de posibles titulares ofreciendo en su integridad los documentos aportados para su inspección.

Por reducir la incertidumbre, pero al no dar una seguridad jurídica plena, en estos sistemas tienen éxitos los contratos de seguro complementarios para cubrir con una indemnización la posible pérdida del bien»⁴⁹.

Por lo que se refiere a la especial protección que se reserva en el derecho francés al adquirente de vivienda que realiza entregas a cuenta del precio, como se ha dicho, se ha optado por la persecución por vía penal de las infracciones por parte del promotor. Así, se ha creado un subtipo de las estafas que estaban previstas en la regulación española, en el hoy derogado artículo 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio.

1.2. Derecho italiano

1.2.1. La transmisión de la propiedad en el sistema civil italiano

En el sistema jurídico italiano también está vigente un sistema de transmisión de la propiedad de tipo consensualista⁵⁰. De

⁴⁹ Vid. ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit., pág. 80.

⁵⁰ Vid. TRABUCCHI, A., *Instituzioni di diritto civile*, 36ª Edición, Cedam, Padua, 1995, pág. 714; Cfr. BLANCA, M., PATTI, G., PATTI, S., *Lessico di Diritto Civile*, 2ª Edición, Giuffré Editore, Milán, 1995, pág. 804, según una doctrina pacífica, la función práctica de la compraventa consiste en la transmisión de un bien a cambio de un precio. En esta función radica la causa del contrato. La transmisión del derecho del vendedor al comprador es un efecto inmediato del contrato de compraventa. El efecto traslativo de la compraventa responde al principio general de la eficacia real del consentimiento de las partes, expresamente formulado en el ordenamiento italiano con relación

acuerdo con el artículo 1470 del Codice Civile, la venta es un contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o de algún otro derecho, a cambio de un precio. En dicho artículo se destaca la finalidad traslativa de la venta.

Entre las obligaciones del vendedor⁵¹, en el artículo 1476 se encuentra la de la transmisión de la propiedad al comprador. En concreto, este artículo establece la obligación del vendedor de hacer adquirir la propiedad de la cosa al comprador en los casos en los que el efecto propio del contrato no lo haya producido. En consecuencia, señalan los referidos autores, eventualmente la propiedad no se transmitirá por el solo consentimiento, sino gracias a una actividad ulterior del vendedor, a la que estará obligado. Esa actuación será necesaria, entre otras en la venta de cosa futura que será válida pero no provocará la transmisión de la propiedad hasta que la cosa llegue a existir.

a todo contrato que tenga por objeto la constitución de un derecho real o la transmisión de un derecho (artículo 1376 CC). Cfr. también GAZZONI, F., *Manuale di Diritto Privato*, 5ª Edición, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, Roma, Milán, 1994, pág. 1013. La compraventa es el contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o de otro derecho a cambio de un precio (artículo 1470). Son obligaciones del vendedor: la transmisión de la posesión al comprador, transmitir la propiedad de la cosa al comprador si la adquisición no es efecto inmediato del contrato, obligación de evicción. Desde la perspectiva del derecho internacional privado, vid. AA.VV., Coordinado por von WESTPHALEN, F., *Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten*, Verlag, Ed. Dr. Otto Schmidt, Köln, 1992, en concreto para el Derecho italiano, vid. PATTI, S., CUBEDDU, MG., *Kaufvertragsrecht in Italien*, Ed. Dr. Otto Schmidt KG, Alemania, 1992, págs. 583 y siguientes.

⁵¹ Cfr. ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit., págs. 80 y 81.

En el derecho italiano existen dos tipos de ventas: a) el denominado “preliminare” y b) “la vendita obbligatoria”. En la venta obligatoria la eficacia traslativa del contrato se suspende hasta que se verifique determinado hecho (existencia de la cosa futura, especificación de la cosa genérica, adquisición de la propiedad de la cosa ajena), sin necesidad de prestar un nuevo consentimiento adicional⁵².

Por su parte el contrato preliminar es un precontrato⁵³ en el que las partes se obligan a poner en marcha un futuro contrato de compraventa⁵⁴. La conclusión de este tipo de contrato (contrato preliminar) comporta un desmembramiento de la propiedad, pues el todavía propietario no puede alterar el estado material y jurídico del inmueble, en tanto que sobre él recae la carga de custodiarlo en interés del futuro adquirente, que es acreedor de una prestación de dar y goza de una tutela de tipo real⁵⁵.

El artículo 1350 del Codice, exige una forma determinada para el contrato de compraventa que tiene por objeto un bien

⁵² Cfr. MENGONI, L., *La risolubilita della vendita di cosa altrui*, Riv. Dir. Comm., 1949, pág. 296. En su opinión la venta obligatoria es en realidad un contrato con eficacia real sujeto a una *condictio iuris*.

⁵³ La posibilidad de este precontrato se deduce de los artículos 1351 y 2932 Codice.

⁵⁴ Vid. CHIANALE, A., *Obbligazione di dare trasferimento della proprietà*, Tesis Doctoral, Universidad de Catania Facultad de Jurisprudencia, 2010-2011, Tutor Chiaro Prof. C. Turco, pág. 95.

⁵⁵ Cfr. GABRIELLI, G., *Il rapporto Giuridico preparatorio*, Giuffrè, Milano, 1975, pág. 146, y ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit., pág. 80 y 81.

inmueble (“atto pubblico”) artículo 3699 y siguientes, o “scrittura privata” artículo 2702 y siguientes. En este documento se debe individualizar el bien inmueble (artículo 51 legge notarile, 16 de febrero de 1913. El artículo 2643 del Codice, exige la inscripción (“trascrizione”) de los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad (“Registri immobiliari”), aunque es de carácter facultativo.

El artículo 2644 es una clara manifestación del principio general de oponibilidad de la inscripción, ya que según esta norma, entre dos adquirentes de un mismo bien inmueble prevalece aquel que haya inscrito antes su título de adquisición en el registro inmobiliario.

El sistema registral italiano, de modo similar al francés, es un sistema de transcripción, lo que implica que los documentos que acceden al Registro de la Propiedad se archivan formando volúmenes. Además es de los llamados “de folio personal”⁵⁶. La inscripción no es precisa para la transmisión de la propiedad, ya que la celebración del acuerdo en la forma prevista por la ley basta (artículos 1376 y 1350 del Codice Civile). La inscripción generalmente sirve para resolver disputas entre varios adquirentes.

⁵⁶ Vid. PUGLIATTI, S., “La trascrizione, I^a Organizzazione e l’attuazione della pubblicità immobiliare”, en AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Ed. Cicu, Messineo, Mengoni, Vol. XIV, t. II, Milán, 1989, GAZZONI, F., “La trascrizione immobiliare”, en AA.VV., SCHLESINGER, P. (Dir.), *Il Codice civile- Commentario*, Giuffrè, Milán, 1993.

Así pues, no obstante la vigencia del sistema consensual de transmisión de la propiedad en Italia, en relación con la compraventa inmobiliaria, la transmisión de la propiedad no se reduce a un acto instantáneo, sino más bien se trata de un proceso comprendido de una serie de fases teleológicamente ordenadas en el curso del cual, el poder y la responsabilidad ligadas a la propiedad del inmueble se transmiten progresivamente del vendedor al adquirente⁵⁷.

1.2.2. La protección al adquirente de vivienda a construir que realiza entregas anticipadas a cuenta del precio. Decreto legislativo de 20 de junio de 2005, núm. 122

Por lo que se refiere a la regulación de las entregas a cuenta realizadas por comprador de vivienda aún no construidas, el ordenamiento jurídico italiano en 2005, con un cierto retraso respecto a los otros países europeos, introdujo una disciplina que podemos definir “especial”⁵⁸, de tutela del comprador de un

⁵⁷ Vid. MATTEI, U., “I diritti reali. La proprietà”, en AA. VV., coord. SACCO, R., *Tratto di Diritto Civile diretto*, Torino, 2001, pág. 228; asimismo vid. CHIANALE, A., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Giappichelli, Torino, 1998, págs. 30 y siguientes.

Así en opinión del referido autor, en una de esas fases la transmisión de la propiedad se produce inter partes (mediante la perfección del contrato de compraventa), en la siguiente la propiedad puede ser esgrimida frente a todos (cuando se ha producido la inscripción en el Registro de la Propiedad). Incluso sería posible la conclusión de un contrato preliminar (fase inicial) en cuyo caso ello no afecta a la transmisión de la propiedad, sino que simplemente crea la obligación de proceder a la siguiente fase (la perfección de la compraventa).

⁵⁸ Vid CARLEO, R., “La compraventa de inmuebles “sobre planos”: la

inmueble destinado a vivienda cuando la compra tenga por objeto un bien futuro, esto es un inmueble que todavía tiene que ser construido⁵⁹.

El Decreto legislativo de 20 de junio de 2005, núm. 122⁶⁰, sobre “Disposiciones para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles en construcción”, introduce un régimen especial de protección para los casos de compraventa de bienes inmuebles sobre planos. El objetivo declarado por la normativa misma es, de acuerdo con la Ley de Bases (artículo 1, párrafo 1, letra a), asegurar “la equitativa y adecuada tutela de los derechos del adquirente derivados de la estipulación del contrato dirigido a la adquisición o a la transmisión de un inmueble sobre planos”.

El negocio del que se ocupa la referida normativa se caracteriza por:

1. El objeto del contrato no existe en el momento de la conclusión del contrato;
2. La futura existencia depende de las condiciones de solvencia del constructor-vendedor;

tutela del adquirente en la legislación italiana”, en *Revista jurídica del Notariado*, núm. 83, julio – septiembre, 2012, pág. 11.

⁵⁹ Cfr. CILENTO, A., “L’acquisto di immobili in costruzione tra rischio economico e tutela della persona”, en *Quaderni della rivista di diritto civile*, dirigida por P. PERLINGIERI, Napoli, 2010.

⁶⁰ Decreto legislativo que dictado conforme a la ley de 2 de agosto de 2004, número 210, de la “Delegación del Gobierno para la protección de los derechos de propiedad de compradores de propiedades que se construirán”.

En relación a los aspectos particulares del derecho de quiebra (concurso), adquieren relevancia algunas normas que vienen a derogar las reglas generales:

1. La privación al quebrado (concurtido) de poder unilateral de decidir la resolución del contrato;
2. La particular exclusión de la acción revocatoria;
3. El derecho de prelación reconocido al adquirente en relación a la liquidación del activo.

Se puede afirmar que la normativa ha sido pensada como modo de garantizar la tutela más eficaz para el adquirente-contratante débil del negocio jurídico. La Ley le atribuye en efecto, un poder de “autotutela” de crédito que lo protege en calidad de sujeto débil de la relación contractual y del mercado, al cual le viene reconocido el poder de determinar la suerte del contrato en la fase ejecutiva, poder que le asegura una ventaja importante, pudiendo cobrar inmediatamente la fianza, desde la fecha de la declaración de quiebra y, por lo tanto, en teoría antes que el administrador tenga la posibilidad de valorar la oportunidad de esta decisión.

1.2.3. Sujeto activo y pasivo.

Respecto del adquirente de inmuebles sobre planos⁶¹, es importante tener presente la posición que asume en el ámbito de la

⁶¹ Por lo que se refiere al sujeto activo de la relación contractual, el adquirente o *comprador* como indica el Art. 1 del Decreto legislativo de 20 de

operación de adquisición (se trata de un adquirente que actúa por finalidades privadas -adquisición de vivienda para residencia privada-) en este sentido el adquirente asumirá la calificación ulterior de consumidor.

Esta construcción presupondría una unión entre la disciplina del Decreto y la Ley del Código de Consumo, lo que evitaría la necesidad de indicar un orden de prioridad en la aplicación de las normas y consentiría la coexistencia de ellas en el ámbito de la misma relación contractual⁶². Así entendido, la tutela cubre el resultado que se intenta conseguir, esto es, la actuación del efecto real, y para ello se supera la tradicional separación entre tipicidad y atipicidad del acto, teniendo en cuenta la dimensión funcional⁶³

junio de 2005, núm. 122, «a) «comprador»: una persona física que sea promissaria-comprador o la compra de un edificio que se construirá, o que haya entrado en cualquier otro acuerdo, incluyendo el arrendamiento, que tenga o tendría el efecto de la compra o no transferir de otro modo inmediatamente, si "o un pariente en primer grado, la propiedad o la titularidad de un derecho real de disfrute de un inmueble que se construirán, o el que él mismo 'obligaciones no es miembro de una asociación de vivienda, ha asumido con la propia cooperativa por la cesión de la titularidad o adquisición de la titularidad de un derecho real de disfrute de un edificio que se construirá en la iniciativa de la misma».

⁶² Vid CARLEO, R., "La compraventa de inmuebles (...)", op cit., págs. 23 y 24.

⁶³ Cfr, MAZÚ, C, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Giappichelli, Torino, 2008, págs. 35 y 70. Este autor apunta cómo un tratamiento legal de este tipo, que prescinde tipología de la causa "cambia totalmente el método de análisis e induce a indagar las razones de este sacrificio de la especialidad del perfil causal, aparentemente irrelevante, en favor de la finalidad perseguida. Una inversión de este tipo de la relación tradicional y la sustancial parificación de a tipicidad y la atipicidad del acto, en favor del resultado que se pretende garantizar (es decir, la actuación del efecto real, considerado seguramente merecedor de tutela) implica un cambio notable y el paso de la dimensión estructural del acto a una consideración en clave funcional en virtud de la cual la justificación de los medios está en la finalidad, en el beneficio adquirido por el adquirente persona física".

dirigida a la protección del beneficio que se deriva para el adquirente.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo de la relación contractual, el promotor-vendedor, el artículo 1 b) del Decreto Legislativo 122 de 2005, dedicado a las definiciones de los conceptos incluidos en dicho Decreto Legislativo dice:

«b) «constructor»: el empresario o la cooperativa de vivienda que prometen la venta o vender un edificio que se construirá, o que hayan concluido cualquier otro acuerdo, incluyendo el arrendamiento, que tiene o pueda tener, el efecto de la cesión o transferencia no inmediata a favor de un comprador de la propiedad o de la titularidad de un derecho real para utilizar una propiedad a construir, en tanto en cuanto es construido directamente por ellos, o en caso de que la construcción del edificio se ha realizado por terceros».

1.2.4. Ámbito de aplicación objetivo.

Si atendemos al objeto y ámbito de aplicación del Decreto Legislativo que comentamos, véase el artículo 2 del mismo que dice: *«1. En el momento de la ejecución de un contrato que tiene como finalidad la transferencia no inmediata de la propiedad o de otro derecho real de disfrute sobre una propiedad a construir⁶⁴ o una medida que tenga el mismo*

⁶⁴ La delegación de la ley y el decreto legislativo -art. 1 (d)- identifica en primer lugar un elemento relevante a los efectos de determinar con precisión el alcance objetivo de la legislación: lo que se quiere decir con la expresión "de propiedad en construcción".

Debe tratarse de inmuebles:

a1) para los que se ha obtenido previamente el permiso de construcción;

propósito, en un momento anterior, el constructor está obligado, bajo pena de nulidad del contrato que puede confiar en el solamente por el comprador, para obtener la liberación y entregar al comprador una garantía también, según el artículo 1938 del código civil⁶⁵, por un importe equivalente a la cantidad y el valor de cualquier otra consideración recibida por el fabricante y de acuerdo con los términos y condiciones establecidas en el contrato, todavía debe recoger de parte del comprador antes de la transferencia de propiedad u otros derechos reales de goce. Sin embargo, excluidas las cantidades que se está de acuerdo que deben ser proporcionadas por un prestamista, así como subvenciones de gobierno ya con la asistencia de garantía independiente.

2. para las cooperativas, el equivalente de la ley a que se refiere el apartado 1 es el que han sido pagados sumas o asume los bonos con la misma cooperativa para obtener la asignación de la compra de la propiedad o titularidad de un derecho real se utiliza una propiedad a construirse por

b1) que aún están por construirse; o

b2) cuya construcción no puede ser completada, por cuanto el Estado no permite la expedición de la cédula de habitabilidad.

La restricción a las propiedades que ya se han pedido permiso para construir probablemente debería ser interpretado como una explícita postura del legislador, en la lucha contra los fenómenos de la construcción ilegal, estimulando también la responsabilidad del comprador. Vid. AA.VV., “Prime considerazioni in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire o in corso di costruzione”, *Segnalazione novità n. 49 del Consiglio Nazionale del Notariato del 13 giugno 2005*, Finanza & Fisco, págs. 2310 a 2311.

Llámesese la atención en este punto, por lo que a la regulación española se refiere, sobre las novedades que la DA 1ª de la LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) que incluye precisamente la obligatoriedad de que el inmueble a construir cuente con el oportuno permiso de construcción. Esta exigencia no existía en la regulación de la materia contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio.

⁶⁵ Artículo 1938 código civil italiano: “La garantía también puede ser pagada por una “obligación condicional o futura con la previsión, en este último caso, del importe máximo garantizada.”

iniciativa de la misma»⁶⁶.

⁶⁶ De los comentarios al DL 122 sobre la obligación de la garantía (AA.VV., “Prime considerazioni in tema di tutela degli acquirenti...”, op cit. págs. 2312 a 2314) destacamos las siguientes conclusiones: “(...)De cualquier modo son excluidas de la garantía las sumas por las que se ha pactado que deben ser eventualmente proporcionadas por el prestamista además de las contribuciones públicas ya asistidas por fianza/garantía independiente (...) parece haber consenso en la imposibilidad de extender la garantía a asumir las cantidades de otros en el momento de la ejecución del contrato definitivo, o de la transferencia de la propiedad, porque el objeto de la garantía, de acuerdo con el decreto en cuestión, son solo las sumas que deben pagarse anteriormente”.

“(...) se dice que las cantidades recibidas por el comprador-prestatarario antes de la firma del contrato final, o de la compra de la propiedad en cuanto que serán cobradas por el constructor como importes/cantidades pagadas directamente por el adquirente, de modo que no puede justificarse su exclusión del régimen de tutela.” Cfr. PETRELLI, *op. cit.*; CASARANO, in *Atti del convegno Paradigma*, Milano, 15 aprile, 2005.

En cuanto a la cantidad desembolsada por el prestamista para el constructor, y a través de un acuerdo de pago "interno" - al prestatario, éstas deben ser garantizadas sólo si el acuerdo implica la obligación de reembolsar al constructo las cuotas del préstamo, estas se pagan al banco prestamista, antes de la conclusión definitiva o a la transferencia de la propiedad; mientras que, si la obligación del reembolso surgió en un momento posterior a la transferencia de la propiedad, no es una obligación de garantía”. Vid. PETRELLI, *op. cit.*; RIZZI, La nuova disciplina di tutela dell’acquirente di immobile da costruire nella bozza di decreto legislativo di attuazione della legge delega 210/2004.

Aparece una controvertida hipótesis de particular relevancia, es decir el caso de un préstamo emitido para comprador-prestatarario frente a garantía hipotecaria concedida anteriormente, por el constructor, a la trasferencia de la propiedad, y por lo tanto en calidad de tercer dador de hipoteca.

En este sentido algunos argumentan que la justificación de la exclusión de dichos importes de la garantía fiduciaria son claros, dado que el constructor, garantiza con la titularidad del bien los importes cobrados/recaudados, y no podrá ser citado para ofrecer también una posterior garantía fiduciaria sobre los mismos. Esta reconstrucción parece ser compartida también por el informe del Decreto Legislativo, lo que demuestra que el legislador ha tenido en cuenta la “exposición” del vendedor, frente a la concesión de una hipoteca, exonerándolo de prestar una doble garantía. Vid. CASARANO, *op cit.*

Otros, sin embargo, piensan que es necesario en esta hipótesis la prestación fiduciaria, ya sea su exclusión porque en el caso exista una garantía hipotecaria proporcionada por el constructor, no se desprende de la letra de la ley, sea porque de la susodicha garantía hipotecaria no sea beneficiosa al adquirente, sino al banco acreedor”. PETRELLI, *op. cit.*

Véase que el artículo 2 del Decreto legislativo que nos ocupa, hace referencia a los contratos en los que se encuentra la obligación de prestar la garantía⁶⁷.

Según la última opinión, la norma aparece atribuible únicamente a la hipótesis de endoso externo -pactado en el contrato preliminar de compraventa- de la ya hipoteca contratada del constructor, y garantizado por hipoteca concedida para este último (en caso de que el endoso externo fuera perfeccionado con el contrato definitivo de compraventa, y por lo tanto contextualizado a la adquisición de la propiedad del edificio por el dueño al comprador, en efecto, se trataría de sumas en todo caso excluidas por sí mismas de la obligación de garantía fiduciaria).

“De conformidad con el art. 3, párrafo primero, del decreto legislativo, la garantía es emitida por un banco, el seguro o por un operador por los intermediarios financieros registrados en la 'lista especial denominado «Artículo 107 del Decreto Legislativo 01 de septiembre 1993 n. 385 (T.U.B.). La garantía como forma de tutela del adquirente del inmueble a construir o en proceso de construcción no es nueva en nuestro ordenamiento: pensar, por ejemplo, en los últimos tiempos, como lo dispone el art. 7 del decreto legislativo de 9 de noviembre de 1998, no. 427 en el tema de la multipropiedad “el vendedor está obligado a proporcionar seguro o aval bancario para garantizar la terminación de la construcción de bienes inmuebles. La caución deberá indicarse en el contrato, so pena de nulidad. La garantía contemplada en el párrafo primero no puede forzar al comprador la excusión preventiva del vendedor” Vid. ANGELICI-VELLETTI, “Prime osservazioni sulla nuova normativa in tema di multiproprietà”, in *Consiglio nazionale del notariato*, Studi e materiali, 6, Milano, 2001, 397 ss.

⁶⁷ A) contratos con efectos vinculantes obligatorios; B) contratos que tengan de cualquier manera la finalidad de adquirir por el adquirente la propiedad de un edificio a construir; C) contratos con efectos diferidos que sin embargo no comporten la transferencia inmediata de la propiedad.

En esencia la norma se aplica con la condición de que el adquirente, frente al pago del precio o de la prestación correspondiente, no haya adquirido todavía la propiedad u otro derecho real del edificio a construir o no se haya concluido el negocio traslativo, como en el caso del contrato preliminar.

Tal y como destaca CENNI, “Il contenuto del contratto preliminare, Relazione al Convegno”, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: novità normative*, Bologna del 10 giugno 2005, resultan problemáticos ciertos casos contractuales como el contrato preliminar unilateral (que, todavía, teniendo forma contractual, debería entrar en el ámbito de aplicación de la norma), el pacto de tanteo y retracto y, la propuesta irrevocable. Es por ello que precisan de un examen profundo de los resultados de aplicar la normativa al análisis en

En cuanto al contenido, la garantía bancaria deberá ser un importe correspondiente a las cantidades y valor de cualquier otra consideración, que el constructor ha cobrado y de conformidad con los términos y condiciones establecidas en el contrato. El constructor debe cobrar del adquirente mismo antes de la transferencia de la propiedad o de otro derecho real de goce (art.2, párrafo 1); en el caso en que el constructor incurra en una situación de crisis, se debe garantizar la devolución de las cantidades y el valor de cualquier otra consideración percibida y los intereses legales que se generen hasta el momento en que la situación ocurrió (art. 3, párrafo 1).

La referencia a “ cualquier otra posible retribución” percibida por el constructor antes de la transmisión de la propiedad o de otro derecho real de goce, conduce a la hipótesis de la entrega de cosa presente por cosa futura que se realiza con la cesión del área construible a través de transferencia de una parte del inmueble a construir. En definitiva, en el momento de entrega el importe debe cubrir lo que será cobrado antes de la transferencia de la propiedad; y en el momento de cumplir solo lo que fue efectivamente cobrado por el constructor⁶⁸.

Entiende la doctrina que en el caso en que el precio convenido en el contrato sea simulado, y, por consiguiente la

relación a los contratos a favor de tercero y de contratos por persona determinada, y esto así tanto para los casos en que se cumplen los esquemas del contrato preliminar como en los casos del contrato definitivo.

⁶⁸ Vid. AA.VV., “Prime considerazioni in tema di tutela degli acquirenti...”, op cit. págs. 2312 a 2315.

garantía se entregue por un importe correspondiente a ese, parece legítimo la duda de si el contrato está viciado (por nulidad relativa) conforme al art.2 del Decreto en cuestión, a menos que, en otro caso se corresponda con el perfil de la nulidad por fraude de ley (conforme art.1344 c.c.)

La fianza debe también prever la renuncia al beneficio de la excusión preventiva del deudor principal que se refiere el artículo 1944, párrafo segundo, del código civil.

1.2.5. Obligación y responsabilidad del fiador.

El fiador tiene que pagar el importe adeudado dentro de los 30 días siguientes a la recepción de solicitud de audiencia.

En el caso de falta de pago dentro de los 30 días, el fiador tiene la obligación de reembolsar al adquirente los gastos efectuados y estrictamente necesarios para conseguir la devolución de los importes cubiertos por la garantía, así como los intereses correspondientes (art. 3, párrafo 6).

En lo referente al ámbito de aplicación, el artículo 5 del Decreto Legislativo n° 122 establece lo siguiente: *«Las reglas establecidas en los artículos 2, 3 y 4 se aplica a los contratos que impliquen la transferencia de propiedad u otros derechos reales de disfrute de la propiedad respecto a que haya solicitado el permiso de construcción o por queja o medida de rehabilitación después de la fecha de entrada en vigor de este decreto»*⁶⁹.

⁶⁹ En cuanto al ámbito temporal “El decreto establece en su artículo 5, que las

1.2.6. La obligación de tener un seguro.

Establece el art. 4 del decreto que *«El constructor está obligado a expedir y entregar al comprador en el momento de la transmisión de la propiedad, una póliza de seguro por los diez años en beneficio del comprador y con efecto a partir de la fecha de finalización de la obra para cubrir el material y los daños directos a la propiedad, incluyendo daños a terceros, que se llevará a cabo de conformidad con el artículo 1669 del código civil⁷⁰, derivados de la ruina total o parcial o de graves defectos en la construcción de las obras, por vicio del suelo, o por defectos de construcción, y, que de cualquier modo, se produjeron después de la ejecución del acuerdo definitivo para la venta o cesión».*

El decreto Legislativo N° 122 20 de junio de 2005 (y sucesivas modificaciones e integraciones) establecieron el fondo de

normas previstas en los artículos 2, 3 y 4, por lo que la obligación de prestar la garantía y contraer una póliza de seguro se aplica a los contratos cuyo objeto es la transferencia no inmediata de la propiedad o de otro derecho real de goce de bien inmueble para los que se solicito permiso de construir o otra licencia o permiso habilitante después de la fecha de entrada en vigor del presente Decreto.

El alcance temporal de la norma, depende entonces de un elemento extrínseco al contrato, constituido en el momento en que se presento la demanda de procedimiento habilitado.

La extensa normativa se justifica en relación a la retención inoportuna de gravar los proyectos edilicios ya en curso con coste posterior, no presupuestados ni previstos en los planes financieros. Cfr. AA.VV., “Prime considerazioni in tema di tutela degli acquirenti...”, op cit. pág. 2322.

⁷⁰ Artículo 1966 Código Civil italiano: *«1. Cuando se trata de edificios u otros bienes inmuebles destinados a su larga duración de la naturaleza, en su caso, en el curso de diez años a partir de la finalización, el trabajo, por defecto en el suelo o por defectos de construcción, destrucción en todo o en parte, o ha obvio peligro de destrucción o graves defectos, el contratista será responsable ante el comprador y sus sucesores en título, siempre que se realice en la presentación de una denuncia en el plazo de un año del descubrimiento.*

2. El derecho del cliente expirará en un año a partir de la notificación».

solidaridad para los compradores de bienes inmuebles a construir, con el fin de asegurar, en las condiciones y dentro de los límites de tiempo establecidos por el mismo decreto – indemnización a los compradores que, como consecuencia de las crisis económicas, han sufrido la pérdida de dinero u otros bienes. La empresa que desempeña esa misión es el CONSAP⁷¹.

En este caso concreto con la venta de los inmuebles en construcción se lleva a cabo, en realidad, una operación de financiamiento directo e indirecto: a) Directo, mediante el pago de

⁷¹ El Art.15 del Decreto legislativo establece que «1. La gestión del fondo se destina a CONSAP, concesionaria de servicios públicos de seguros S.P.A., que proporciona el Ministerio de economía y Finanzas sobre la base de una donación especial, aprobada por decreto del mismo Ministerio.

La subvención se ajusta al principio de confiar la CONSAP como el agente, la gestión de efectivo y activos del Fondo, la preservación de su integridad, la liquidación de los gastos relacionados, así como "el principio de garantizar la revisión periódica, como parte de 'otorgante, la correspondencia de la gestión del Fondo a los fines indicados en el presente decreto. Cargos relacionados y los gastos de gestión se asegurará dentro de los recursos financieros del Fondo, no hay cargas nuevos o mayores sobre las finanzas públicas (...)».

El CONSAP representa el modelo de "asegurador" que actúa como un complemento indispensable para la industria de seguros tradicional, interviniendo en el mercado de forma subsidiaria y expresando una gran sensibilidad a temas de dañado, combinado con una comunidad de gestión de dinero estricto; realiza muchas otras tareas y funciones en el interés público de particular complejidad, destinada a garantizar la satisfacción pronta de los casos por las víctimas y los consumidores/usuarios; puede recibir directamente en cuidado de crianza por las administraciones públicas y gestionar fondos de actividades en nombre del estado, siempre en beneficio de la comunidad (el "in house"); se organiza a semejanza de una sociedad holding, ya que los fondos y activos son fondos segregados.

CONSAP es una empresa sujeta a la auditoría del Tribunal de cuentas.

CONSAP es autónoma con respecto a los fondos administrados, que son contabilidad separada e informes de cada fondo deberán ser certificado por un auditor externo. Para garantizar la protección de la integridad de los fondos y al mismo tiempo asegurar un margen de rentabilidad, CONSAP emplea fondos de liquidez disponibles exclusivamente en inversiones seguras y adecuados, según los requisitos específicos. Cfr. www.consap.it/

lo que se anticipa, con lo que el constructor financia parte de los costes de la iniciativa; b) Indirecto, por la función de garantía, al no tener acceso al crédito bancario y de la solidez de la empresa desarrollada por la certeza del buen éxito de la operación⁷².

El financiamiento permite configurar la compra del inmueble sobre planos como una operación económica compleja, caracterizada por una causa, al mismo tiempo de intercambio y de financiamiento. La peculiaridad de la operación se encuentra en que al elemento de intercambio típico de la compra inmobiliaria, se añade un segundo sintagma constituido por la anticipación del pago de una parte del precio respecto a momento traslativo que financia al constructor. La contraprestación de este financiamiento sería el ahorro que se obtiene en el precio de compra⁷³. Dicha operación económico-jurídica es el resultado de la combinación de factores de diversa naturaleza: exigencias de financiamiento de la

⁷² Cfr. D'ARRIGO, C. M., "La tutela contrattuale degli acquirente di immobili da costruire", en *Riv. Not.*, 911, 2006, pág. 912.

⁷³ Indica CARLEO, R., en "La compraventa de inmuebles (...)", op cit., pág. 24 y 25, que: «una operación de este tipo no puede realizarse acudiendo de modo indiferenciado a varias figuras que realizan el mismo resultado. El instrumento que mayormente se emplea es el del contrato preliminar, pero efectos análogos se pueden obtener también con la venta obligatoria, el leasing inmobiliario, etc. Lo que cuenta es que el efecto traslativo del inmueble -incluso cuando sea inmediatamente posible (por ejemplo, si el apartamento ha sido completado con estilo rústico y faltan sólo los detalles finales)- debe quedar pospuesto respecto al momento del pago del anticipo (y, si eran previstas, de las sucesivas entregas). En efecto, la operación de financiamiento se lleva a cabo precisamente por la separación temporal entre el pago del anticipo y el momento de la transmisión definitiva de la propiedad del inmueble al adquirente». En el mismo sentido, se cita en la referida obra a D'ARRIGO, C.M., "La tutela contrattuale degli acquirente (...)", op cit., pág. 912.

actividad de la empresa; acciones de tutela del adquirente; naturaleza del bien, pues se trata de un bien futuro.

Por lo que se refiere a la condición del adquirente, se puede observar que en la dinámica de una operación concebida de este modo, se manifiestan riesgos importantes⁷⁴ para este último, especialmente en relación a la hipótesis de insolvencia del constructor financiado. A esto se añaden los riesgos derivados del incumplimiento de la prestación final -que consiste en la entrega del inmueble ultimado en todas sus partes-, en el caso que el inmueble haya sido vendido a terceros y no responda a las cualidades prometidas o no venga terminado.

Precisamente es el elevado grado de riesgo intrínseco de la operación el que hace necesario distinguir la ratio de una tutela en la que en el fondo, pueden observarse también razones de tipo asistencial de la persona y de la familia del contratante (la finalidad de adquisición de la residencia es seguramente una necesidad de la familia); tutela dirigida a garantizar el efecto real, ampliando las

⁷⁴ Introduce D'ARRIGO, en D'ARRIGO C. M., "La tutela contrattuale degli acquirente di immobili da costruire", en Riv. Not., 2006, pág. 25, que «además, la relevancia del riesgo parecía aumentar por la conexión con la concreta posición de debilidad en la que, se encuentra e adquirente. A este propósito con referencia a otra categoría de operaciones económicas que presenta, relación con las hipótesis de adquisición de inmuebles sobre planos o en construcción, por la particular coincidencia entre el "problema de la distribución de los riesgos en el programa contractual" y la subsistencia de "un desequilibrio potencial o efectivo de las posiciones de las partes, que tendrá que ser valorado en concreto"». El referido autor cita a TARTAGLIA POLCINI, A., *I termini nei rapporti giuridici*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2004, págs. 112 y siguientes, texto y nota 257.

formas contractuales incluidas en la normativa, con tal de que se trate de formas dirigidas a conseguir el resultado final. Así pues, el objeto de la tutela viene establecido con carácter instrumental respecto de la finalidad de protección del sujeto, en un contexto en el que la atención del legislador no se dirige tanto al acto individual como a la operación cuya realización expone al contratante débil a riesgos que se consideran relevantes⁷⁵.

De lo expuesto cabe concluir que el Decreto Legislativo 122 de 2005, debe ser interpretado teniendo en cuenta lo siguiente:

1. La peculiar operación jurídico-económica de la adquisición de un inmueble sobre plano, poniendo de manifiesto el perfil funcional de la relación;

2. La particular posición que ocupa el decreto en la disciplina general del contrato, disciplina de sector y disciplina de la crisis de empresa.

1.3. Derecho alemán

El ordenamiento jurídico alemán, al igual que el español, distingue dos fases en el proceso de transmisión derivativa inter

⁷⁵ Vid. CACCAVALE, C., “Problemi specifici della permuta di cosa presente con cosa futura alla luce del d. lgs 122/2005”, in VV.AA. *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, Padova, 2005, pág. 60. Dicho autor mantiene que «si el legislador ha preferido referir la nueva normativa no este o aquel tipo contractual, sino a cualquier contrato que persiga una cierta finalidad, lo ha hecho porque la exigencia de tutela que ha tenido presente, prescinde de la modalidad técnica – instrumental de la que las partes contratantes han usado en cada caso concreto».

vivos de la propiedad: negocio jurídico obligatorio y negocio dispositivo⁷⁶. Las diferencias residen en que la transmisión de la propiedad opera automáticamente con la celebración del negocio dispositivo, independientemente de la validez del negocio casual.

Otra diferencia importante es que la *traditio* es un auténtico negocio jurídico («Auflassung») ⁷⁷. La «Auflassung» según la

⁷⁶ Cfr. ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit., pág. 90.

⁷⁷ Para transmitir la propiedad sobre bienes inmuebles el Derecho alemán exige la celebración del negocio real denominado «Auflassung» cuya regulación se contiene en el § 945 BGB.

El acuerdo real es una construcción doctrinal de la pandectística del siglo XIX, que tenía por finalidad establecer una separación tajante entre el negocio obligacional y el negocio dispositivo. Por lo que se refiere a los antecedentes históricos de la figura Cfr. EICHLER, H., *Institutionen des Schenrechts*, Duncker&Humblot, Berlín, 1960, págs. 344 y siguientes: En los tiempos germánicos, la «Auflassung» se refería a determinados cambios, como abandono (*resignare, dimittere*), que expresaban la transmisión formal del inmueble por parte del enajenante (*exigere de praedio*). Dicho acto formal tenía lugar en el propio inmueble mediante la entrega de un puñado de tierra, hierba y ramas. Posteriormente, durante el Reino de los francos, la transmisión de la propiedad era el resultado de la celebración de dos actos diferentes: el contrato («*salu*»), que las partes concluían n presencia de testigos, y la investidura posesoria («*Gewere*») junto a la transmisión de la posesión («*die rechtsförmliche Besitzübertragung*»). Aproximadamente en el siglo XI la «Auflassung» judicial se convirtió en la regla general. En esta época comienzan a aparecer los primeros registros de la propiedad, como libros que recopilan escrituras. La «Auflassung» fue perdiendo importancia, sobretudo en el norte de Alemania en favor de la inscripción, de modo que según el sentir mayoritario, la transmisión de la propiedad, se producía no mediante la «Auflassung» judicial, sino mediante la inscripción en los libros del Registro. De este modo se convirtió en el sustituto de la investidura.

La situación cambió con la recepción del Derecho romano, en virtud del cual la transmisión de la propiedad se producía mediante el acuerdo de las partes y la entrega del inmueble o un subrogado de la entrega.

Por último la Ley prusiana de 5 de mayo 1872 obre transmisión de la propiedad se aparta del principio de la *traditio* y vuelve al principio de la

definición contenida en el §925 párrafo 1º BGB, es el acuerdo real entre enajenante y adquirente necesario para la transmisión de la propiedad del inmueble. En cuanto negocio real, exige dos declaraciones de voluntad, por un lado del transmitente declarando su voluntad de transmitir la propiedad al adquirente. Por otro lado, del adquirente manifestando su voluntad de adquirir la propiedad.

Entre el negocio jurídico real y el negocio obligacional subyacente (contrato de compraventa) no existe en Alemania, como si en España, una relación causal⁷⁸.

Puede verse la importancia de la distinción entre el negocio obligacional y los efectos reales de la transmisión de la propiedad, en el caso de la compraventa de cosa futura. En el ordenamiento alemán las cosas futuras pueden ser objeto del contrato de compraventa, se trataría de un contrato sujeto a condición suspensiva, con la consecuencia de que si la cosa no llegase a existir, el contrato no desplegaría efectos.

inscripción (esta ley exige para la transmisión *inter vivos* de la propiedad de bienes inmuebles, la celebración de la «Auflassung» y la inscripción de la transmisión en el Registro. Esta norma se toma como referencia por los redactores del BGB.

⁷⁸ Así, tal y como se destaca en ORDUÑA MORENO, F.J., y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria (...)*, op cit., pág. 93: «El principio de abstracción es una opción de la pandectística alemana del S. XIX, mediante este sistema se pensaba que se obtenían mejores resultados teniendo en cuenta el conflicto de intereses que se genera entre el enajenante, el adquirente y sus acreedores, los sucesores de ambas partes y el tráfico».

Por lo que se refiere al negocio jurídico-obligacional, la «Auflassung» no puede sujetarse a condición suspensiva, por lo que el contrato real no podría celebrarse hasta que la cosa llegue a tener existencia.

II. DERECHO AUTONÓMICO ESPAÑOL. APUNTES SOBRE MENCIONES ESPECÍFICAS A LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO EN ESTE TRABAJO EN LEGISLACIÓN ESPECÍFICA AUTONÓMICA

El interés en la regulación autonómica de la materia se pone de manifiesto especialmente como consecuencia de la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), en su apartado Séptimo, dedicado a “Infracciones y sanciones” respecto del incumplimiento de los preceptos regulados en la misma. En dicho precepto existe una mención expresa a la regulación de las Comunidades Autónomas, se dice expresamente:

«El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones».

Es lo cierto, que no podemos identificar ninguna referencia expresa a remisión a la regulación autonómica en la Ley 57/1968, de 27 de julio. No obstante lo cual, durante la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio, han coexistido multitud de regulaciones autonómicas en relación con la garantía de anticipos a cuenta en la compraventa de viviendas.

Como quiera que la regulación contenida en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), no entra en vigor hasta el 1 de enero de 2016, sólo podemos apuntar los cuerpos legales autonómicos vigentes durante la vigencia de la Ley 57/1968.

Dichas regulaciones pueden continuar vigentes bajo la vigencia de la DA 1ª LOE (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio), habida cuenta que dicha regulación continúa, en esencia, la línea comenzada por la Ley 57/1968, de 27 de julio.

A nivel autonómico el esquema general de protección a los adquirentes de vivienda que realizan entregas a cuenta planteado en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como hemos apuntado, se reproduce en su esencia en numerosas regulaciones. A continuación realizaremos un breve análisis de los textos legales de las Comunidades Autónomas de Andalucía⁷⁹, Islas Baleares⁸⁰, Cataluña⁸¹ y Comunidad Valenciana⁸².

⁷⁹ Decreto 218/2005, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento

Gran parte de la normativa autonómica está destinada a imponer al promotor múltiples obligaciones de información en la venta y arrendamiento de viviendas. En la medida en que se pretende lograr que los consumidores tengan una completa información que les permita adoptar sus decisiones con un mejor conocimiento y, por tanto, proteger sus intereses económicos.

1. Andalucía

A nivel autonómico en Andalucía, en cuanto a la protección del adquirente que realiza anticipos a cuenta para la compra de vivienda, destacamos 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 en Andalucía.

Con carácter previo a dicho Decreto, destáquense la Ley de Cooperativas andaluzas de 1999 (LCA)⁸³; posteriormente la Orden

de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía.

⁸⁰ Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears.

⁸¹ Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda (Vigente hasta el 09 de Abril de 2008) y Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

⁸² Decreto 90/2009, de 26 de junio, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas de Protección Pública, y Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la vivienda de la Comunidad Valenciana.

⁸³ Cfr. artículo 139.7 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo de Cooperativas Andaluzas. La reforma posteriormente llevada a cabo mediante Ley 3/2002, de 16 de diciembre, no ha modificado el contenido del apartado número 7 del citado artículo 139 LCA. Los dos cuerpos legales referidos actualmente están derogados.

Actualmente está vigente la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades

de 8 de agosto de 2003, de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, y también la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo⁸⁴ y el referido Reglamento de Información al Consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía de 2005⁸⁵. Todas ellas, en el respectivo apartado, han abordado la

Cooperativas Andaluzas, de la que destacamos el apartado XI del Preámbulo que dice: *«En lo que respecta a las sociedades cooperativas de consumo, cuya denominación también se abrevia, destaca especialmente el régimen establecido para las de vivienda. La finalidad perseguida en este ámbito ha sido la de establecer un régimen equidistante entre el anterior a la Ley de 1999, de perfil liberal, y el muy restrictivo instaurado por dicha norma. De esta manera, se conservan instituciones como la independencia entre las fases o secciones, o el aseguramiento de las cantidades entregadas por los socios a la entidad, que han contribuido a garantizar los derechos de las personas socias de estas entidades; pero, al tiempo, se reducen los requisitos en otras parcelas, como el relativo a las autorizaciones administrativas, sustituidas por la previsión de un registro de personas solicitantes de viviendas junto al establecimiento de un orden prelatório».*

Por su parte el artículo 98 h) de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, establece que la materia relacionada con las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas deberá ser objeto de desarrollo reglamentario: *« h) En el supuesto de adelanto de cantidades para financiar las viviendas, locales u otras construcciones complementarias, se efectuarán a través de una entidad de crédito, garantizándose mediante seguro otorgado con entidad aseguradora inscrita y autorizada o mediante aval solidario prestado por la entidad de crédito, de conformidad con la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación».*

⁸⁴ La Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, define el régimen jurídico de determinadas actuaciones públicas en materia de vivienda protegida y suelo con la finalidad de facilitar el acceso de las vecinas y los vecinos de Andalucía a una vivienda digna y adecuada, de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución, estableciendo medidas específicas para la producción de suelo con destino a vivienda protegida y otros fines de interés social, y para el control y prevención del fraude en materia de vivienda protegida y suelo (Vid. artículo 1 Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo).

⁸⁵ Ver a este respecto el artículo 6 del Anexo al Decreto 218/2005, de 11 de octubre y (BOJA núm. 217 de 7 de noviembre) de la junta de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de Información al Consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía, promulgado para desarrollo y ejecución de los artículos 16.a) y 17.2 de la Ley 13/2003, de 17 de

diciembre de Defensa y protección de los consumidores y Usuarios de Andalucía.

Vid. Artículo 6 Decreto 218/2005, de 11 de octubre, relativo al documento Informativo Abreviado en la venta de viviendas en proyecto o en construcción

«1. Quien ofrezca, aun a título de simple intermediario, la venta de viviendas en proyecto o en construcción, deberá entregar gratuitamente un Documento Informativo Abreviado, conforme al modelo que se adjunta en el Anexo II, a cualquier consumidor que solicite información sobre dichas viviendas. El Documento Informativo Abreviado incluirá los siguientes extremos:

a) El nombre o razón social, domicilio y, en su caso, los datos de la inscripción en el Registro Mercantil del promotor y de cualquier persona física o jurídica que actúe como intermediario profesional en la venta.

b) Datos identificativos del proyectista y, en caso de estar ya determinados, del director de obra y la empresa constructora.

c) Plano general a escala del emplazamiento de la vivienda y plano de planta de amueblamiento acotado de la vivienda y de los anejos adscritos a la misma, a escala mínima 1:100.

d) La superficie útil de la vivienda y sus anejos.

e) Descripción de la vivienda y de sus anejos, así como de sus redes eléctrica, de agua, saneamiento, gas, térmica, electromecánicas y de telecomunicaciones, y de los aparatos, equipos y sistemas de protección contra incendios, con el grado de definición determinado en la normativa vigente en materia de vivienda.

f) Descripción general del edificio o urbanización en la que se encuentra la vivienda, de las zonas comunes y de los servicios accesorios, con el grado de definición determinado en la normativa vigente en materia de vivienda.

g) Referencia que permita conocer de forma concreta, precisa y objetiva, con el grado de concreción determinado por la normativa vigente en materia de vivienda, la calidad y los sistemas de puesta en obra de los materiales de construcción, de las unidades de obra y de las instalaciones de los servicios de todo tipo, tanto individuales como comunitarios.

h) Precio de venta de la vivienda conforme a lo establecido en el artículo 2 del presente Decreto, así como de sus anejos y servicios accesorios, indicando los tributos y otros gastos así como la forma de pago, y sus períodos de validez.

i) Mención a la existencia a disposición del consumidor de una nota explicativa sobre las formas de pago.

j) 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 Cliente correspondiente a la cuenta especial y exclusiva donde se ingresarán dichas cantidades.

k) Mención al título jurídico que el promotor tiene sobre el solar y que le faculte a construir sobre él, así como las cargas y servidumbres existentes sobre el solar.

l) Mención a la disponibilidad de licencia de obras que habilite para el inicio inmediato de las obras o declaración responsable de que la promoción cumple las condiciones urbanísticas para su obtención.

cuestión acerca de la extensión, el modo y el método de contratación de los distintos elementos del sistema de garantías.

m) En el caso de que la vivienda se venda en construcción, referencia a la fase de ejecución en la que se encuentran las obras.

n) Fecha de entrega de la vivienda, sus anejos, zonas comunes o elementos accesorios. Será válida la fecha en la que conste, al menos, el trimestre y el año.

o) Cargas y servidumbres que puedan pesar sobre la vivienda, sus instalaciones o accesos a la misma.

p) Mención a la forma en que está previsto documentar el contrato con sus condiciones generales y especiales. En especial, de conformidad con la legislación civil estatal aplicable:

- Que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan al vendedor.

- El derecho del consumidor a la elección del notario.

- La posibilidad, en su momento, de cualquiera de los contratantes de compelerse recíprocamente para elevar a escritura pública la compraventa desde que hubiera intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez;

- El derecho del consumidor a solicitar una copia del modelo contractual que vaya a utilizarse.

q) Mención de que está a disposición del consumidor para su consulta la documentación detallada que acredita todos los extremos especificados en este artículo, con la indicación del lugar donde ha de facilitársele.

r) Lugar, fecha y firma.

2. Este régimen es también aplicable a las viviendas que sean objeto de obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren su configuración arquitectónica de manera total o en sus elementos esenciales».

El Artículo 16 Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, relativo a las medidas de protección de la información, establece que:

«A los efectos de dar protección jurídica al derecho contemplado en este capítulo, las Administraciones Públicas de Andalucía adoptarán medidas eficaces dirigidas a:

a) Facilitar a los consumidores toda clase de información sobre materias o aspectos que les afecten o interesen directamente y, de modo particular, sobre la construcción de viviendas».

Por su parte, véase el Artículo 17.2 Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, relativo a la obligación de facilitar información, que dice:

«2. La obligación de informar a que se refiere el apartado anterior será igualmente exigible en el mercado inmobiliario de viviendas que se desarrolle en la Comunidad Autónoma de Andalucía, al objeto de que los consumidores puedan conocer de forma concreta, precisa y objetiva la calidad y los sistemas de puesta en obra de los materiales de construcción, de las unidades de obra y de las instalaciones de los servicios de todo tipo, tanto individuales como comunitarios, así como las instrucciones de uso, mantenimiento y conservación».

Centrándonos en la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo, en su artículo 2 se hace referencia al concepto de “vivienda protegida” que es objeto de dicha Ley. Dice el artículo 2 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, que: . *«1. Se entiende por vivienda protegida, a efectos de la presente Ley, la que cumpla las condiciones de uso, destino, calidad, precio de venta o alquiler y, en su caso, superficie y diseño, establecidas en esta Ley y en las demás disposiciones que resulten de aplicación y sean calificadas como tales por la Consejería competente en materia de vivienda»; el apartado 2º del artículo 2 de la citada Ley, extiende la aplicación de esta norma «... a los alojamientos que, de acuerdo con lo establecido reglamentariamente, sean calificados como protegidos por la Consejería competente en materia de vivienda, que se integren en conjuntos que constituyan fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva, en los términos en que se establezca. La cesión de estas viviendas, que pueden vincularse con dotaciones y servicios comunes, podrá realizarse de manera independiente entre ellas».*

De lo expuesto podemos destacar que la regulación andaluza relativa a las garantías de las cantidades entregadas a cuenta para la compraventa de vivienda, al igual que la Ley 57/1968, de 27 de julio, destaca dos cuestiones: de una parte, que 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 Cliente” correspondiente a la cuenta especial y exclusiva donde se ingresarán dichas cantidades (Artículo 6 1, j) Decreto 218/2005, de

11 de octubre, relativo al documento Informativo Abreviado en la venta de viviendas en proyecto o en construcción).

Y de otra, la especial obligación que compete al promotor de información al adquirente de vivienda que entrega cantidades a cuenta a cerca de la concreta operación de compra (artículos 16 y 17 Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo).

2. Islas Baleares

Centraremos nuestro análisis en la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears. La indicada Ley tiene por objeto garantizar la protección de los derechos y los legítimos intereses de los consumidores y las consumidoras y de los usuarios y las usuarias en el territorio de las Islas Baleares, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 51 de la Constitución y en el ejercicio de las competencias que el Estatuto de Autonomía atribuye a la comunidad autónoma de las Islas Baleares, tal y como indica el artículo 1.1 de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares.

Por lo que se refiere a los bienes jurídicos protegidos en la relación de consumo y exclusiones, según el artículo 3 de la misma, *«1. Los bienes jurídicos protegidos por esta ley son los siguientes: a) La salud y la seguridad de los consumidores. b) Los legítimos intereses económicos y sociales*

de los consumidores. c) *El derecho a la información y a la formación de los consumidores».*

Por lo que se refiere a las exclusiones del ámbito de protección de esta ley, establece el artículo 3.2 de la misma que «2. *Quedan excluidas del ámbito de protección de esta ley las relaciones entre la administración pública o los entes del sector público instrumental y los consumidores, cuando aquellos lleven a cabo actividades de prestación de un servicio o suministro de un bien o producto y el consumidor no haya de pagar contraprestación o la contraprestación que haya de pagar tenga naturaleza tributaria».*

Véase que en el artículo 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y los artículos 5 y 8 de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares, se establece la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la misma⁸⁶ (art. 5 de la Ley 7/2014, de 23 de julio) y situaciones de protección especial⁸⁷ (art. 8 de la Ley 7/2014, de 23 de julio).

⁸⁶ Establece el Artículo 5 de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares (relativo a la irrenunciabilidad de los derechos) que: «*La renuncia previa al ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley y normas complementarias, los actos ejecutados en fraude de ley y los pactos que tengan por objeto la exclusión de su aplicación son nulos de pleno derecho, de acuerdo con la legislación civil».*

⁸⁷ Establece el artículo 8 de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares (relativo a las Situaciones de protección especial) que:

«Los derechos de los consumidores serán protegidos prioritariamente en los siguientes casos:

1. Cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

2. Cuando afecten a los consumidores vulnerables. Con la finalidad de proteger adecuadamente sus derechos, los poderes públicos velarán especialmente por:

a) La idoneidad de los productos destinados a los menores de edad.

Resulta llamativo la importante influencia de la protección del consumidor que se imprime en esta Ley, que llega a prever un artículo expreso (artículo 6⁸⁸), que impone la interpretación a favor del consumidor. Por otra parte el artículo 15 de la citada Ley establece la protección del consumidor vulnerable en las ofertas contractuales (frente a la publicidad, la promoción y las ofertas ilícitas dirigidas al consumidor vulnerable).

Otro bloque temático que trata la indicada Ley es la oferta, promoción y publicidad, destáquese en este sentido los artículos 14, 16, 22 a 26 de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares.

b) El etiquetado, la información, la publicidad, la composición y la calidad de los productos alimenticios.

c) La seguridad de los aparatos y las instalaciones del hogar.

d) Las necesidades específicas de las personas mayores de 70 años.

e) La integración social como consumidores de las personas con discapacidad».

⁸⁸ Establece el artículo 6 de la Ley 7/2014, de 23 de julio, de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Islas Baleares, que:

«1. Las normas de protección a los consumidores se interpretarán a favor de estos.

2. En el supuesto de dudas o diferencias interpretativas, toda publicidad, comunicación comercial, oferta, práctica o cláusula que sea de aplicación a una relación de consumo será interpretada a favor del consumidor.

3. Las administraciones de consumo que operen en el territorio de las Illes Balears, en el ejercicio de sus competencias, podrán interpretar, de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores, las normas de protección de los consumidores y las cláusulas que rijan las relaciones de consumo, especialmente en el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de su control por los tribunales de justicia.

4. Los casos de concurrencia normativa entre esta ley y la normativa autonómica de competencia de la comunidad autónoma de las Illes Balears se resolverán de acuerdo con el principio de condición más beneficiosa para el consumidor».

3. Cataluña

3.1. Regulación establecida por la ley catalana de 29 de 1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda

La cuestión que es objeto de estudio en el presente trabajo, es tenida en cuenta por la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 29 de noviembre de 1991 (BOE, de 18 de febrero de 1992), de la vivienda, en términos muy similares a los de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en sus artículos 21⁸⁹ y 22⁹⁰.

⁸⁹ El Artículo 21 Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 29 de noviembre de 1991, establece los requisitos para recibir cantidades a cuenta en la compra de viviendas en proyecto o en construcción. Y exige: *«1. Para formalizar contratos de compra-venta y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción, en el marco de una actividad empresarial o profesional, han de concurrir los siguientes requisitos:*

- a) Disponer de licencia de obras inmediatamente ejecutiva.*
- b) Tener el título justificativo de la disponibilidad de los terrenos sobre los cuales se ha proyectado la vivienda.*
- c) Haberse redactado el proyecto técnico completo de carácter ejecutivo de la edificación.*
- d) Prever los plazos de finalización y entrega de las viviendas terminadas.*
- e) Prever el régimen jurídico de la edificación proyectada, que incluirá los puntos siguientes:*
Primero: el régimen jurídico de protección al cual pretende acogerse la vivienda.
Segundo: las servidumbres, las cargas y los gravámenes que la afectan.
Tercero: las condiciones económico-financieras de compraventa.
Cuarto: los coeficientes de participación de la vivienda en el inmueble, en su caso.
Quinto: el proyecto de estatutos de la futura Comunidad de propietarios o, si no ha sido elaborado, la consignación de que falta.

2. El adquirente puede exigir la constancia en el contrato del cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado 1.

3. En las promesas de venta y las opciones de compra se consignarían los requisitos pendientes en relación con lo dispuesto en el apartado 2».

⁹⁰ Por su parte, el artículo 22 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña de 29 de noviembre de 1991, se refiere a los anticipos para la compra de vivienda no construida o en construcción que debe garantizar el promotor, en los siguientes términos: *«1. Los promotores que reciban cantidades a cuenta de los adquirentes se ajustarán a la normativa vigente sobre*

La Ley antes dicha fue derogada por la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda⁹¹.

3.2. Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda

En su artículo 50, dedicado a la figura del promotor inmobiliario, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, establece las obligaciones del promotor en relación con las cantidades entregadas a cuenta para la compra de viviendas en construcción o todavía no construidas. En el referido artículo se establecen las siguientes exigencias al promotor que recibe los anticipos antes dichos:

«e) Suscribir una póliza de seguro o un aval que garantice la devolución de las cantidades recibidas a cuenta del precio total convenido, ya sean calificadas con el nombre de arras, señal o reserva o con cualquier otra denominación, en el caso de que se incumpla la obligación de entregar la vivienda en las condiciones pactadas; en el caso de que las obras no comiencen o finalicen, sea por la causa que sea, en el plazo convenido; en el caso de que no se obtenga la cédula de habitabilidad; en el caso de que se haya producido una

percepción de anticipos en la construcción y la venta de viviendas.

2. Las cantidades anticipadas por los adquirentes se depositarán en una Entidad bancaria o Caja de Ahorros y se consignarán en una cuenta especial, separadas de cualquier otra clase de fondo del promotor, de la que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

3. Los anticipos serán garantizados por los promotores en cualquiera de las formas admitidas en derecho».

⁹¹ Vid. Disposición derogatoria única de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, que dice: «Se deroga la Ley 24/1991, de 29 de noviembre, de la vivienda».

doble venta, o en el caso de que la vivienda se haya transmitido a terceros protegidos por la publicidad registral».

De la lectura del artículo 50 2 e) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre (Cataluña), se deduce que aunque la ley catalana parte del patrón de protección que propugna la ley nacional (Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas), es lo cierto que el repetido artículo 50 2 e) de la ley catalana incluye muchos más supuestos que no estaban incluidos de manera expresa en la ley nacional, y que de hecho se han entendido incluidos en la misma por el criterio interpretador de los tribunales (como veremos a lo largo del presente trabajo). En el mismo sentido cabe destacar los apartados 3 y 4 del artículo 50 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre (Cataluña)⁹².

⁹² Vid. Artículo 50 (dedicado a los promotores inmobiliarios, que es el empleado por el legislador autonómico para incluir las garantías de los adquirentes de vivienda en construcción o todavía no comenzada a construir, que realizan entregas a cuenta) apartado 3: *«La devolución a que se refiere el apartado 2.e debe comprender no solo la cantidad entregada a cuenta, sino también los intereses moratorios que se acrediten desde la fecha en que se cobró hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponder a los adquirentes por el incumplimiento de los vendedores».*

Por otra parte, el apartado 4 del artículo 50 de la referida Ley, dice: *«En el caso de promociones en régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa constituida legalmente, debe garantizarse la devolución de las cantidades destinadas a la adquisición del suelo donde deban ubicarse las viviendas que se hayan percibido de las personas físicas integradas en la comunidad o sociedad correspondientes».*

4. Comunidad Valenciana

Tal y como se hace constar en el Preámbulo de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, el artículo 148.1.3 de la Constitución Española establece la vivienda como materia competencial de las Comunidades Autónomas, competencia que para la Comunidad Valenciana viene recogida con carácter exclusivo en el artículo 31 de su Estatuto de Autonomía (tras la derogación del anterior texto del Estatuto de Autonomía dicha competencia exclusiva viene recogida en el artículo 49.9 del Estatuto)⁹³.

Precisamente en virtud de dicho título competencial, se promulgó la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, que tiene por objeto, *«(...)dentro del ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, hacer efectivo el derecho constitucional al disfrute de una vivienda digna y adecuada, la protección para los adquirentes y usuarios, las medidas de fomento y de inclusión social, el régimen sancionador, y las actuaciones administrativas en materia de vivienda, dotándolas de un marco normativo estable.*

⁹³ El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana fue aprobado por la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio (en su art. 31 atribuía a la Comunidad Valenciana la competencia exclusiva en materia de vivienda).

La Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio ha sido derogada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que actualmente reconoce esa competencia a la Comunidad Valenciana en su artículo 49.9.

Su ámbito de aplicación alcanzará al régimen de transmisión, uso y aprovechamiento y a las actuaciones con protección pública en materia de vivienda (...)»⁹⁴.

Por lo que se refiere a las cuestiones tratadas por la indicada Ley valenciana que tienen que ver con nuestro objeto de estudio destacamos dos preceptos, fundamentalmente: artículo 14 relativo a viviendas en proyecto o en construcción y el artículo 15 que se refiere específicamente a pagos anticipados del precio de la vivienda.

En relación con la venta de las viviendas en proyecto o en construcción (artículo 14 Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat Valenciana⁹⁵), el referido artículo exige al vendedor (adviértase que no hace referencia esta Ley a la figura del promotor

⁹⁴ Vid. Artículo 1 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana.

⁹⁵ Establece el artículo 14 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, relativo a viviendas en proyecto o en construcción, que:

«1. Cuando la venta de las viviendas se produzca en proyecto o en construcción de las mismas, el vendedor deberá acreditar los siguientes extremos:

a) La disponibilidad de los terrenos, proyecto técnico y licencia de obras.

b) La escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución del régimen de propiedad horizontal así como certificación registral en la que consten, las cuotas de participación en los elementos comunes y los estatutos de la comunidad de propietarios o proyecto de estatutos de la junta de comunidad de propietarios.

c) Previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas una vez acabadas.

2. Al finalizar las obras el vendedor facilitará al comprador la documentación prevista en esta Ley para las viviendas terminadas.

3. Los contratos de compraventa se redactarán con cláusulas claras en las que consten como mínimo las condiciones señaladas por la presente Ley en la información para la venta, y los datos acreditativos de los requisitos exigidos por este artículo. Los contratos de viviendas de protección pública, contendrán además, las cláusulas de inserción obligatoria específicas para este régimen, que se determinarán reglamentariamente».

como es el caso de la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio), que “acredite” una serie de extremos relativos a la legalidad urbanística de su actuación; requisitos civiles en relación con la existencia de otorgamiento de escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución del régimen de propiedad horizontal, así como la inclusión de unos plazos de finalización y entrega de las viviendas una vez acabadas.

Una vez finalizada la construcción convenida, el vendedor deberá facilitar al comprador la documentación prevista en esta Ley para las viviendas terminadas⁹⁶.

Por último se incluye en este artículo la exigencia para el vendedor de incluir en el contrato de compraventa: como mínimo las condiciones señaladas por la presente Ley en la información para la venta, redactadas con cláusulas claras. Asimismo se deberá

⁹⁶ Vid Artículo 16 (Venta de viviendas terminadas) de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, relativo a viviendas en proyecto o en construcción, que: *“En las compraventas de viviendas terminadas de nueva construcción o provenientes de la rehabilitación integral del edificio, se exigirán los requisitos y documentos previstos en los artículos anteriores, salvo lo relativo a los pagos anticipados en período de construcción, y además los siguientes:*

a) Las garantías por daños materiales derivadas de vicios y defectos de construcción establecidas en la legislación de ordenación de la edificación.

b) En su caso, el importe de préstamo hipotecario que corresponda a la vivienda, las condiciones del mismo y los requisitos de subrogación al comprador.

El comprador podrá subrogarse o no en el préstamo del promotor, siendo por cuenta de éste los gastos de cancelación cuando el comprador optara por la no subrogación en dicho préstamo.

Los anteriores requisitos señalados en los apartados a) y b), deberán acreditarse en la escritura pública de compraventa.

c) El Libro del Edificio que recogerá la documentación de la obra ejecutada, conforme se establece en la legislación de ordenación de la edificación.

d) La licencia de ocupación, y en el supuesto de viviendas de protección pública de nueva construcción o rehabilitadas, en primera transmisión, la cédula de calificación definitiva».

incluir los datos acreditativos de los requisitos exigidos por este artículo.

Es visto que no se contiene entre los requisitos incluidos en este artículo referencia alguna a la necesidad de otorgar garantías de ningún tipo. Ahora bien, en el artículo 15⁹⁷ relativo a pagos anticipados del precio de la vivienda, la Ley valenciana incluye la figura del promotor (que como veremos más adelante es una figura clave para la Ley 57/1968, de 27 de julio) o a “gestores”. Obviamente se amplía el ámbito los destinatarios de las exigencias contenidas en este artículo, respecto los incluidos en el artículo anterior (exclusivamente los vendedores).

En este artículo 15 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, se incluye la exigencia para los referidos sujetos (promotores o gestores) de garantizar (mediante la contratación de un seguro o el otorgamiento de aval), el eventual incumplimiento del contrato, en los términos establecidos por la Ley 57/1968, de 27 de julio, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación.

⁹⁷ Artículo 15 (Pagos anticipados del precio de la vivienda) de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, relativo a viviendas en proyecto o en construcción, que establece que:

«La percepción por promotores o gestores de cantidades anticipadas a cuenta del precio, en las compraventas de viviendas efectuadas antes de iniciar la construcción o durante la misma, se garantizarán mediante un seguro o aval que indemnice el incumplimiento del contrato, en los términos establecidos por la Ley 57/1968, de 27 de julio, y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, sobre Ordenación de la Edificación, que será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa».

CAPÍTULO III

ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

SUMARIO:

I. SUJETO PASIVO. *1. La figura del promotor. 2. El promotor en la Ley 57/1968 y DA 1ª de LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.*

II. SUJETO ACTIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL: EL ADQUIRENTE. *1. El concepto de consumidor. 2. De la figura del agente inmobiliario.*

I. SUJETO PASIVO

El artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece las condiciones que dicha ley exige a los promotores (personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas) que pretendan obtener entregas a cuenta del precio antes del inicio de las obras de construcción o incluso durante el transcurso de las mismas.

Así, el artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, dice: *«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 (...)».*

Por lo que se refiere a los sujetos que pueden ser objeto de esta ley según el tenor literal del artículo primero de la misma, encontramos: de una parte, la figura del obligado al cumplimiento de las garantías exigidas en la misma⁹⁸, que se identifica como

⁹⁸ Señala el profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op cit. página 29, que «en consecuencia, los obligados al cumplimiento de las garantías establecidas en la Ley serán los promotores de viviendas libres destinadas a domicilio o residencia familiar que pretendan obtener cantidades a cuenta de los adquirentes de dichas viviendas». Y precisamente por ese motivo, mantiene el profesor, el actualmente derogado artículo 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio (en virtud de la Disposición Derogatoria Única, 1 f) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), establecía sanciones aplicables ante el «incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley». Así se recoge en la STS (Penal) de 20 de mayo de 1981-Roj: STS 4500/1981-, que se cita por todas.

cedente o promotor, y de otra, la del adquirente de la vivienda (también identificado como cesionario).

Por su parte el apartado dos, de la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, que modifica la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación⁹⁹, ofrece el siguiente tenor literal respecto del sujeto pasivo de la norma (que sustituye la anterior dicción de la Ley 57/1968, de 27 de julio): *«1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes (...)»*.

Como hemos señalado, la figura del promotor que se recoge tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la regulación que la sustituye de conformidad con la Ley 20/2015, de 14 de julio, se identifica como la persona física o jurídica que promueva la construcción de viviendas.

1. La figura del promotor

La promoción inmobiliaria aparece con el desarrollo económico y social de la construcción y es el Tribunal Supremo el que a partir de 1974¹⁰⁰ comienza a incluir en el círculo de

⁹⁹ Según redacción introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

¹⁰⁰ Cfr. STS de 11 de octubre de 1974 (RJA 3798). En la indicada sentencia

responsables del artículo 1591 del Código Civil al denominado promotor. Esto se produce en la medida en que coordina los distintos gremios de la construcción, haciéndolo responsable (con independencia de que sea tan sólo promotor-vendedor o sea también constructor, por asimilación a la figura del contratista; o, en otros supuestos, “por incumplimiento de sus obligaciones que como vendedor le corresponden entre las que destaca por su fundamental importancia la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen apta para ser habitada”), caminando hacia su condición de garante, con independencia de la causa del vicio constructivo¹⁰¹.

establece el Alto Tribunal en el Considerando 2º, que: « (...) en el caso de autos, los recurrentes promovieron la construcción del edificio sobre un solar de su propiedad, con la finalidad de enajenarlo por pisos en régimen de propiedad horizontal, lo que llevaron a cabo después de terminar las obras procediendo posteriormente a la enajenación de aquellos; es cierto que el término promotor, no fue utilizado por el C.Civ. por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y las características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado al que ha de contratar para llevar a cabo la ejecución material de los distintos elementos que integran la construcción de un edificio, cual realiza también el simple contratista, por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el artículo 1591 del C.Civ., para el constructor o ejecutor de la obra en la totalidad de su proyección, la que como dicho realiza en su beneficio, encaminada al tráfico de la venta para terceros frente a lo que es responsable con arreglo al cito precepto del C.Civ.; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad contractual a medio de la cual se lleva a cabo hoy en día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley».

¹⁰¹ Vid MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *La figura del promotor en la LOE*, Pamplona, 2002, páginas 46 a 48.

Véase que con anterioridad a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no existía ningún precepto que, en el ámbito normativo estatal, definiese la figura del promotor inmobiliario¹⁰². A pesar de ello, en la legislación sobre viviendas de protección oficial (Ley de 15 de julio de 1954, sobre Vivienda de Renta Limitada y Decreto de 24 de junio de 1955) y sobre urbanismo, ya se hacía referencia a esta figura¹⁰³

¹⁰² Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pág. 165. El profesor Jesús ESTRUCH, hace referencia a legislación autonómica anterior a la LOE, en la que sí se hace referencia a la figura del promotor inmobiliario. Así, la Ley Catalana 24/1991 de 29 de noviembre, de la vivienda; o la Ley 2/1999, de Madrid, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la edificación; así como normativa administrativa reguladora de las viviendas de protección oficial, que desde los años cincuenta y sesenta, utiliza el término de promotor (entre esas normas, véase el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, aprobado por Decreto 2114/1968, de 24 de julio).

¹⁰³ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op cit. página 41, que indica que las normas que existían con anterioridad a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, que hacían referencia a la figura del promotor, apenas desarrollan la figura, de hecho mantiene el profesor ESTRUCH que de las mínimas referencias que se hacen a la figura del promotor en la referida legislación no es posible formular una definición de la misma. En el mismo sentido, vid. LOBATO GÓMEZ, J., M., *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios de la construcción*, Tecnos, Madrid, 1994, página 13; DE LA SERNA BILBAO, M^a N., “Presentación de la Ley de la Edificación”, en *La Ley-Actualidad*, núm. 10, noviembre 1999, página 12; PRATS ALBENTOSA, L., “Ley de ordenación de la edificación: disposiciones generales y exigencias de la edificación”, en *RdP*, núm. 4, 2000, página 466.

Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Civitas, Madrid, 2000, página 2977; DE LA SERNA BILBAO, M^a N., *Manual de Derecho de la edificación. Instituciones básicas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, páginas 212 y 213; CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 9”, en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2^a Ed., Pamplona, 2001, página 198.

Podemos encontrar el origen de la figura del promotor en las asociaciones constituidas exclusivamente para procurar viviendas a sus miembros, que encontraron su reflejo positivo en la legislación cooperativa y administrativa ¹⁰⁴. En esa regulación podemos identificar la enunciación de su tipología que no es un concepto genérico de la figura del promotor.

Para encontrar tal definición debemos acudir a la jurisprudencia¹⁰⁵ y a la legislación autonómica¹⁰⁶. Con anterioridad

¹⁰⁴ Tal y como se recoge en VARIOS, “Breve historia del cooperativismo de Viviendas en España I”, en *Revista de la Confederación de Cooperativas*, núm. 36, IV Etapa, septiembre/octubre de 1997, pág. 17, en el siglo XIX ya existe constancia de cooperativas de viviendas (así podemos identificar su reconocimiento en la Ley de Asociaciones de 1887). Las inicialmente reconocidas como “cooperativas de viviendas” se incentivaron gracias a la promulgación de la Ley de Casas Baratas y Económicas de 1920 y posteriores. La regulación de estas cooperativas tuvo mayor singularización en las leyes de cooperativa posteriores de 1931 y 1942. La presencia de sociedades inmobiliarias con ánimo de lucro (ya denominadas “promotores”) la podemos identificar en el artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954, sobre viviendas Protegidas.

Tal y como se destaca en el artículo de prensa indicado, la normativa administrativa lejos de pronunciarse sobre una definición genérica de promotor, se ha limitado a enunciar su tipología (así, cita el artículo 22 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/1968).

¹⁰⁵ La primera sentencia que define la figura del promotor inmobiliario a la hora de englobarlo en el artículo 1591 del Código Civil es la STS de 11 de octubre de 1974. Por su parte, también podemos encontrar una definición de esta figura en el artículo 3.1 de la Ley Autonómica de Cataluña.

¹⁰⁶ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes (...)*, op. cit. página 165. Como indicábamos anteriormente, el profesor ESTRUCH destacaba el hecho de que con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, la legislación autonómica ya hacía referencia al concepto de promotor. En particular se refiere el profesor ESTRUCH a la Ley Catalana 24/1991 de 29 de noviembre, de la vivienda; o la Ley 2/1999, de Madrid, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la Edificación. En el mismo sentido Vid. GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 16.

a la LOE, Cataluña¹⁰⁷ y la Comunidad de Madrid¹⁰⁸ definieron el concepto de promotor en sus respectivas Leyes de vivienda, en

¹⁰⁷ La Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, de la Vivienda, definía en su artículo 3 al promotor inmobiliario de modo similar al actual artículo 9.1 de la LOE. Vid. DOGC núm. 1541, de 15.1.1992. Actualmente derogada por la disposición derogatoria de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda. La nueva Ley define el concepto de promotor en su artículo 50.

Así, el mencionado precepto de la Ley 24/1991 de Cataluña preveía que, a sus efectos, es promotor de vivienda: *“la persona física o jurídica que decide, programa e impulsa su construcción o rehabilitación, las suministra, aunque sea ocasionalmente, al mercado inmobiliario y transmite su titularidad dominical o las adjudica o cede mediante cualquier título”* (artículo 3.1), así como *“quien promueve para satisfacer su necesidad de vivienda, individualmente o asociado con otros con la misma finalidad”* (artículo 3.3).

La Ley catalana de vivienda configuraba al promotor como el agente principal del proceso de la edificación a quien imponía la necesidad de garantizar la protección del consumidor o el usuario de viviendas respecto de los vicios o defectos de la construcción, sin excluir, no obstante, otras garantías exigibles en vía civil. Vid. MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Protección de la edificación y protección del consumidor: La Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre la Vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 6, Mayo-Agosto, 1995, pág. 75.

La definición actual de los promotores de viviendas contenida en el artículo 50 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la Vivienda, dice: *“1. Son promotores de viviendas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que, individual o colectivamente, deciden, impulsan, programan y financian, aunque sea ocasionalmente, con recursos propios o ajenos, obras de edificación o rehabilitación de viviendas, tanto si son para uso propio como si son para efectuar posteriormente su transmisión, entrega o cesión a terceros por cualquier título.*

2. Son obligaciones de los promotores de viviendas:

a) Tener sobre el solar donde debe construirse o sobre el inmueble que debe rehabilitarse la titularidad de un derecho que les faculte para realizar las obras correspondientes.

b) Disponer del proyecto técnico de la obra y obtener las licencias de edificación y autorizaciones administrativas preceptivas.

c) Entregar a los adquirentes de las viviendas la documentación e información exigibles, en los términos establecidos por la presente ley. En el caso de los autopromotores, la obligación corresponde a los constructores.

d) Suscribir los seguros y garantías que sean establecidos por el ordenamiento jurídico. Dicha obligación no es exigible a los autopromotores individuales de una única vivienda unifamiliar para uso propio. Sin embargo, si la vivienda es objeto de transmisión entre vivos en el plazo de diez años, los autopromotores están obligados a contratar los seguros y garantías por el tiempo que falte para completar los diez años, salvo que los adquirentes les exoneren

expresamente.

e) Suscribir una póliza de seguro o un aval que garantice la devolución de las cantidades recibidas a cuenta del precio total convenido, ya sean calificadas con el nombre de arras, señal o reserva o con cualquier otra denominación, en el caso de que se incumpla la obligación de entregar la vivienda en las condiciones pactadas; en el caso de que las obras no comiencen o finalicen, sea por la causa que sea, en el plazo convenido; en el caso de que no se obtenga la cédula de habitabilidad; en el caso de que se haya producido una doble venta, o en el caso de que la vivienda se haya transmitido a terceros protegidos por la publicidad registral.

3. La devolución a que se refiere el apartado 2.e debe comprender no solo la cantidad entregada a cuenta, sino también los intereses moratorios que se acrediten desde la fecha en que se cobró hasta el momento en que se haga efectiva la devolución, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponder a los adquirentes por el incumplimiento de los vendedores.

4. En el caso de promociones en régimen de comunidad de propietarios o de sociedad cooperativa constituida legalmente, debe garantizarse la devolución de las cantidades destinadas a la adquisición del suelo donde deban ubicarse las viviendas que se hayan percibido de las personas físicas integradas en la comunidad o sociedad correspondientes”.

El artículo 15 de la Ley 24/1991 de Cataluña exigía al promotor, en la medida en que fuera considerado vendedor de viviendas de nueva construcción o de rehabilitación, la constitución de una garantía a favor de los adquirentes que cubriera la reparación de los defectos de la construcción y de los daños que los defectos causaran en la vivienda (artículo 15.1), de forma similar a lo que establece el actual sistema diseñado en la LOE (artículos 9.d) y 19 LOE).

La Ley reconocía al promotor condenado una acción de repetición contra los agentes responsables del vicio o defecto (artículo 15.2). Con todo, si bien la disposición final tercera de la misma norma remitía a un futuro reglamento para la concreción del tipo de garantía, el plazo para constituir la garantía, las cuantías y los medios para reclamar su ejecución, el desarrollo reglamentario no se efectuó.

¹⁰⁸ Vid. Ley 2/1999, de Madrid, de 17 de marzo, de medidas para la calidad de la Edificación (BOCM núm. 74, de 29.3.1999), que dedica su artículo 15 a la definición de la figura: “1. A los efectos de la presente Ley se consideran promotores sujetos a sus prescripciones quienes, individualmente o bajo alguna forma societaria legalmente establecida, llevan a cabo, con organización y medios propios o con la colaboración de terceros, la construcción de un edificio para enajenarlo o explotarlo, en todo o en parte, bajo cualquier título jurídico.

2. Lo son también, a los mismos efectos, las entidades privadas, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que, reuniendo las condiciones antes descritas, actúen en beneficio de sus asociados o de comunidades que ellos mismos promuevan.

3. En la presente Ley, los términos enajenación o venta comprenden la transmisión que se realice por adjudicación en cualquier procedimiento público o privado, o por disolución de una previa comunidad de bienes”.

La Ley 2/1999 de Madrid ofrece un concepto de promotor más restringido que el de la Ley 24/1991 de Cataluña. En ambas leyes se incluye al promotor

ejercicio de su competencia exclusiva en materia de legislación sobre vivienda que les atribuye el artículo 148.1.3ª CE y sus respectivos Estatutos de Autonomía¹⁰⁹.

Por su parte, véase que la legislación sectorial que se refiere a la figura del promotor inmobiliario impone las obligaciones propias de los promotores no sólo a aquellos que construyen con el fin de suministrar la edificación en el mercado inmobiliario, sino también a quienes promueven colectivamente en comunidades de propietarios, en cooperativas de viviendas, en mutualidades o en cualquier otra asociación con personalidad jurídica propia¹¹⁰.

Es lo cierto que no todas las leyes sectoriales consideran promotor a la persona individual que promueve la construcción de una edificación para uso propio¹¹¹

profesional y a las cooperativas de viviendas. No obstante, la Ley 2/1999 de Madrid se diferencia de la Ley catalana, y de la propia LOE, en excluir del concepto al auto promotor individual y las comunidades de propietarios. Y véase que el indicado precepto se refiere, aunque no de manera expresa, a las sociedades de gestión de comunidades de propietarios y cooperativas de viviendas. Cfr. MILÀ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio (...)*, op. cit., página 106.

¹⁰⁹ El resto de leyes autonómicas de vivienda vigentes antes de la entrada en vigor de la LOE, si bien se referían a la figura no ofrecían una definición de la misma. Así lo destaca MILÀ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio (...)*, op. cit., página 103.

¹¹⁰ Vid. CORDERO LOBATO, E., “Capítulo 13. El promotor”, en *Comentarios a la Legislación de Ordenación de la Edificación*, op. cit., páginas 385 y 386.

¹¹¹ En la regulación sobre seguridad y salud en la construcción, el artículo 2.1.c) del Real Decreto 1627/1997, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción (BOE núm. 256, de 25.10.1997), considera promotor: « (...) cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra. » Por su parte, el artículo 2.3 del referido Real Decreto establece:

Finalmente será el artículo 9 de la LOE¹¹² el que culmina dicho propósito en una de las definiciones que mejor engloban las distintas manifestaciones del promotor¹¹³.

La doctrina ha venido considerando dentro del concepto de promotor varias figuras¹¹⁴:

a) *promotor-constructor*: que realiza la construcción de un edificio y posteriormente lo vende;

«Cuando el promotor contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o de determinados trabajos de la misma, tendrá la consideración de contratista respecto de aquéllos a efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda».

Con todo, no es promotor a efectos del Real Decreto, el: “(...) *cabeza de familia respecto de su vivienda*” (artículo 2.3.II).

¹¹² Artículo 9.1 LOE: *«1. 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».*

¹¹³ Coincidimos con la opción doctrinal recogida en la obra GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación” en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Núm. 661, septiembre – octubre 2000, pág. 2693 y pág. 2724, que considera que la definición consignada en el artículo 9.1 LOE es brillante, porque no acentúa la caracterización del promotor en la cualidad personal del sujeto, ni en la finalidad de su actividad, sino en su grado de participación en el proceso edificatorio (decide, impulsa, programa y financia) por ello, podría concluirse que será promotor quien decide los elementos esenciales del proceso edificatorio (esto es, entre otros, la elección del resto de agentes intervinientes – dirección facultativa, constructora, entidad financiera, etc...-, la adquisición de los terrenos objeto de la promoción o la recepción de edificación).

¹¹⁴ Seguimos en este punto a la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *La figura del promotor (...)*, op cit., pág. 47. Por otra parte, hace referencia la citada profesora al concepto de promotor recogido en la LOE (artículo 9.1).

b) *promotor-vendedor*: que celebra un contrato de obra con terceros, coordina a los distintos gremios, financia la operación y posteriormente vende la obra;

c) *promotor-mandatario*: que se ocupa de programar e impulsar la edificación por cuenta del dueño de la obra, pero no tiene ni la iniciativa ni el papel fundamental en la operación);

d) *promotor-prestatario de servicios o promotor aparente*: que promueve la edificación con el objeto de adjudicar las viviendas construidas a sus asociados, a sus socios o a los comuneros o, en su caso, a terceras personas.

En relación precisamente con el concepto de promotor, y acudiendo al derecho comparado, queremos destacar la regulación de dicha figura contenida en el Código Civil francés, con ocasión de la regulación del contrato de promoción inmobiliaria (artículo 1831.1 Code Civil), por Ley de 16 de junio de 1971¹¹⁵.

¹¹⁵ Se establece en el artículo 1813.1 Código Civil Francia: «*El contrato de promoción inmobiliaria es un mandato de interés común por el que una persona denominada “promotor inmobiliario” se obliga frente al propietario de la obra a hacer, por un precio convenido, mediante contratos de arrendamiento de obra, a la realización de un programa de construcción de uno o más edificios y proceder por sí misma o para hacer proceder, a cambio de una remuneración convenida, todo o parte de las operaciones jurídicas, administrativas y financieras concurrentes al mismo objeto. El promotor es garante de la ejecución de las obligaciones puestas a cargo de personas con quien ha contratado en nombre del propietario de la obra. Y especialmente responsable de las obligaciones previstas en los artículos 1792 y 1792-1 y 1792-2 y 1792-3 de este Código.*

Si el promotor se compromete a ejecutar por sí mismo parte de las operaciones del programa, es responsable, en cuanto a estas operaciones, las obligaciones de un arrendatario de obra».

Que coincide esencialmente con el artículo Art. 1831-1 del Código Civil de la república Dominicana, lo que obedece tal y como se reconoce en el

La calificación de promotor como mandatario puede inducir a equívocos pensando que el promotor-mandatario es un promotor¹¹⁶. Así, la doctrina francesa señala que aunque en ocasiones aparezcan elementos del mandato que se insertan en el

Considerando Primero a que de dicho Código Civil, en virtud del Decreto N°. 2213, de fecha 17 de abril de 1884, se adoptó como ley el Código Civil Francés, traducido y adecuado a la legislación de república Dominicana.

En relación con el concepto de promotor que se consigna en el Código Civil francés, la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (en MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *La figura del promotor (...)*, op. cit., pág. 42), señala que conviene poner de relieve dos cuestiones importantes para el correcto entendimiento de la figura. Por un lado, señala la indicada autora, que la visión que contempla el Code Civil de promotor parte de una determinada concepción jurídica, lo que sucede es que la jurisprudencia francesa viene entendiendo que la concepción legal no obedece a lo que realmente es la figura del promotor, ya que hay que determinarla desde un punto de vista económico. En este sentido considera que el promotor es «*el que tiene la iniciativa y el papel principal de la operación, pudiendo mediar o no un contrato de promoción*». Añade la referida autora que la noción de promotor, en la práctica, se extiende a situaciones muy variadas, en tanto que no existe una regla general, si bien existe un punto en común, esto es, que se trata de la persona que ha ostentado una situación de poder y que se ha obligado a un resultado.

Téngase en cuenta, como recuerdan AUBY, J. B., y PERINET MARQUET, H., en VV.AA. AUBY, J. B., y PERINET MARQUET, H., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Coll. Domat, droit public/droit privé, 7^e Ed., 2004, que “antes de 1971 la jurisprudencia había creado una noción de promotor para hacer entrar en juego más fácilmente la responsabilidad de ciertas personas. Una iniciativa que perdió mucho interés desde la instauración del contrato de promoción, apareciendo incluso como elemento perturbador. Sin embargo, conserva un campo de aplicación propio en los casos en que no existe contrato de promoción inmobiliaria formal. Es lo que se denomina promotor de hecho, definido como toda persona que toma la iniciativa y el papel principal de una operación inmobiliaria, incluyendo el que emprende grandes trabajos de renovación”.

¹¹⁶ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *La figura del promotor (...)*, op. cit., página 42.

contrato de obra, por sí solos no tienen la suficiente entidad para modificar la naturaleza del contrato¹¹⁷.

Por lo que se refiere al tratamiento de la figura del promotor en el ordenamiento jurídico español, debemos tener en cuenta que lo normal en nuestros días es que el comitente no sea destinatario final de la edificación, sino “que encargue su realización al contratista en el ejercicio de una actividad empresarial lucrativa y, casi lo excepcional es que el comitente sea destinatario final de la edificación, habiendo celebrado contrato de obra con el constructor con el propósito de satisfacer necesidades personales o familiares de vivienda”¹¹⁸.

Centrándonos en el concepto de promotor en la legislación española en el momento actual, debemos tener presentes las notas que tanto doctrina como jurisprudencia entienden esenciales a los efectos de considerar la figura del promotor:

¹¹⁷ VV.AA. MALINVAUD, PH. Y JESTAZ, PH, “Droit de la promotion immobilière”, en *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 30 N°2, Avril-juin 1978, páginas 702 y 703. Así, tal y como mantienen AUBY, J. B., y PERINET MARQUET, H., en AUBY, J. B., y PERINET MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., *passim*, el promotor no es simplemente un mandatario, hay que tener en cuenta un segundo criterio relativo a la amplitud de su compromiso: el mandato concluido no se limita a una determinada actividad; el promotor se obliga a llevar a cabo la realización del programa de construcción de uno o varios edificios.

¹¹⁸ ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción (...)*, op. cit., páginas 165 a 168.

a) El impulso de la edificación, con la asunción de la función de coordinación de las operaciones propias del proceso constructivo;

b) La intención de comercializar (vendiendo o arrendando) las unidades privativas construidas, lucrándose con dicha operación y asumiendo, por tanto, un cierto riesgo empresarial.

Respecto de los diversos tipos de promotores inmobiliarios¹¹⁹, distinguiremos, principalmente entre:

a) *promotor-constructor* (persona que ostentando un derecho sobre el solar que le faculta para ello, impulsa la construcción de un edificio realizando las labores constructivas bien por sí mismo, bien con el auxilio de otras personas, con el objeto de vender el edificio, una vez dividido horizontalmente, por unidades privativas, bien se encuentren éstas terminadas bien se halle todavía en construcción);

b) *promotor-vendedor* (que no se ocupa de construir personalmente el inmueble, sino que encarga a una empresa constructora su realización);

c) *promotor-mandatario* (que se ocupa de programar e impulsar la edificación por cuenta del dueño de la obra, realizando todas o algunas de las actividades necesarias para ello a cambio de una remuneración);

¹¹⁹ Seguimos en este punto a ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: (...)*, op cit., páginas 168 y 169.

d) *promotor-mediador* (aquellas entidades cuyo propósito es construir viviendas para sus componentes o asociados, sin destinarlas al tráfico –en este caso hablamos de cooperativas de viviendas o comunidades de propietarios-) ¹²⁰.

En sede de responsabilidad por vicios de la construcción, al detenernos en la figura del promotor, podemos destacar que el Tribunal Supremo ha considerado legitimado pasivamente (dentro de una acción de reclamación por daños derivados de vicios de la construcción) al promotor de la vivienda aunque el artículo 1591 CC no lo enumera entre los responsables ¹²¹. Por nuestra parte, siguiendo la línea marcada por nuestro Alto Tribunal entendemos responsable tanto si estamos ante un promotor-constructor como, simplemente, ante un promotor-vendedor ¹²².

¹²⁰ Adviértase que por lo que se refiere al reconocimiento expreso de las cooperativas incluidas en el concepto de promotor del art. 9 LOE, en la Exposición de Motivos de la LOE al apartado 4, por lo que respecta a la responsabilidad civil del promotor, se dice expresamente: «*A la figura del promotor se equiparan también las de gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación*»; al apartado 7 de la citada Exposición de Motivos se dice: «*7. La Ley se completa con siete disposiciones adicionales. En la primera se establece que la percepción de las cantidades anticipadas reguladas para las viviendas se amplíe a promociones de viviendas en régimen de comunidades de propietarios o sociedades cooperativas*».

En el art. 17 de la LOE se dice: «*4. Sin perjuicio de las medidas de intervención administrativas que en cada caso procedan, la responsabilidad del promotor que se establece en esta Ley se extenderá a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios u otras figuras análogas*».

¹²¹ Cfr. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2008, página 147.

¹²² La STS 11 de octubre 1974 condena al promotor constructor rechazando

El Tribunal Supremo ha fundamentado la responsabilidad del promotor no constructor principalmente en que ha elegido al contratista o los técnicos, o se ha lucrado en la operación, o en el hecho de garantizar a los adquirentes otro responsable solvente, frente a la mayor o menor solvencia de los intervinientes en la construcción, y conseguirles así una adecuada protección o en que la actividad del promotor se encamina al tráfico de la venta a terceros adquirentes que han confiado en su prestigio profesional¹²³.

el argumento de éste de que fue un mero propietario que se limitó a vender los pisos una vez acabados y que la única acción que podía ser ejercitada contra él era la de saneamiento de compraventa. Asimismo rechaza el Alto Tribunal en la indicada sentencia el argumento del promotor de que como no había celebrado un contrato de obra con un único empresario no podía hablarse de contratista responsable y, por tanto, como sólo era un vendedor, se debían aplicar exclusivamente las normas de la compraventa. Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de febrero de 1996 considera que la doble condición de constructor-promotor acentúa el deber del buen orden constructivo y correcta ejecución de las obras. El mismo Tribunal considera responsable al promotor vendedor aunque no pueda decirse que sea responsable de los vicios constructivos (entre otras, SS de 21 de abril de 1981, 13 de junio 1984, 19 de junio 1986 y 21 de marzo de 1996).

¹²³ Cfr. MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, op. cit, páginas 149 y 150.

Véase también LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la ley de ordenación de la edificación*, Madrid, Dykinson, 1997, página 170. Señala el citado autor que el promotor podrá repetir frente al causante del daño, y en principio, podrá repetir todo, pues no es el causante del daño, si el promotor no se limita a contratar con los agentes de la construcción sino que asume un papel decisivo en la toma de ciertas decisiones que luego resultan dañosas, también será responsable del daño y en esa medida no podrá repetir de os otros agentes de la construcción.

Considera LÓPEZ RICHART, J., en *Responsabilidad personal e individualizada* (...), op cit., página 150, que «en la doctrina algunos han señalado que la legitimación pasiva del promotor vendedor es excesiva e injustificada, además de carecer de suficiente respaldo legal aunque con ella se pretenda alcanzar un

En este sentido la doctrina distingue entre: a) *promotores personas jurídico públicas*¹²⁴; b) las *cooperativas de viviendas*¹²⁵; c) *Comunidades civiles de promoción*, entendidas como personas que agrupadas en una comunidad civil pretenden la construcción de un

fin digno de elogio como es la mejor protección de los adquirentes».

Por su parte CABANILLAS SANCHEZ, A, “La evolución de las responsabilidades en la construcción” en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, página 367, sostiene que esta responsabilidad no debe extrañarnos, pues se da dentro de cualquier empresa cuando se imputan los efectos de la actividad de los dependientes (técnicos) al empresario (no perito) –artículo 1903 CC-. Señala MONSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción (...)* op cit., página 152, con cita a CABANILLAS SANCHEZ, que «hay que observar que el artículo 1903 hace responder por lo hecho por los dependientes, no por los independientes, por tanto este artículo no justifica que el promotor responda de lo hecho por el arquitecto, técnicos, constructor cuando trabajan fuera de la esfera de dependencia de él».

¹²⁴ Vid. MONSERRAT VALERO, A., *La responsabilidad por vicios de la construcción*, op. cit., páginas 153 y 154, que señala que la STS de 25 de enero de 2000 también se considera promotores a los entes públicos, en este caso a la Oficina Liquidadora Central de los Patronatos de las Casas de los Funcionarios.

¹²⁵ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa”, *Aranzadi Civil*, 1993, página 1908.

Asimismo Cfr. MONSERRAT VALERO, A., *La responsabilidad civil por vicios de la construcción*, op. cit., páginas 14 y 155, recuerda que no faltan autores que son contrarios a dicha doctrina jurisprudencial, así cita a MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., que amparándose en sentencias, como la STS de 20 de febrero de 1989, en la que se trataba de afirmar la legitimación activa de la Cooperativa frente a la constructora y a los técnicos, para lo cual bastaba recordar su carácter de dueño de la obra sin negarle la de promotor a efectos del artículo 1591; y, la STS de 6 de marzo de 1990, en la que se trata de rechazar la condición de litisconsorcio pasivo necesario, sin que para ello sea necesario rechazar la condición de promotor de la Cooperativa.

Y por su parte, CARRASCO CORDERO, A., GONZÁLEZ CARRASCO, C., CORDERO LOBATO, E., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., página 169, destacan que las Cooperativas tienen la condición legal de promotor. Así, el Decreto 3114/1968 de 12 de diciembre determina la aplicación a las comunidades y cooperativas de viviendas de la Ley 57/1968 de 27 de julio, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

edificio obteniendo para ello y para la adquisición del solar cantidades anticipadas de los comuneros obligándose, bien a constituir una comunidad de bienes sobre el edificio, bien un régimen de propiedad horizontal.

El Tribunal Supremo, inicialmente no consideraba responsables a las cooperativas, por cuanto no los incluía en el concepto de promotor¹²⁶. Esta doctrina actualmente está superada

¹²⁶ La primera línea jurisprudencial seguida por Tribunal Supremo no se consideraba responsables a las cooperativas de viviendas (véanse las SSTs de 20 de febrero de 1989 -Roj: STS 9117/1989- y de 8 de junio de 1992 -Roj: STS 4574/1992-, que entiende que no se puede considerar promotor a una cooperativa de viviendas a la que falta la intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico.

En la primera de las sentencias referidas el Alto tribunal expone lo siguiente: «la figura del promotor-constructor ha sido perfilada por esta Sala en reiterada jurisprudencia, tanto en orden a determinar su responsabilidad en el artículo 1.591 del Código Civil como a quién ha de calificarse como tal promotor-constructor, así, la sentencia de 11 de febrero de 1985 dice que “siquiera sea cierto, como se deja afirmado en esta misma sentencia y en la de 12 de febrero de 1981, que la responsabilidad de ese origen alcanza únicamente al contratista y al arquitecto y deja al margen al mero dueño de la obra, con todo debe matizarse esa delimitación a presencia de un «corpus» de doctrina en forma a la figura del promotor y constituido por las sentencias de 28 de noviembre de 1970, 11, 17 y 24 de octubre de 1974, 1 de abril de 1977, 9 de marzo de 1981 y, últimamente, de 1 de marzo y 13 de junio de 1984, esclarecedoras de que la construcción de un edificio para su enajenación (a veces sobre plano) en régimen de propiedad horizontal, no determina, aun cuando exista otra persona o sociedad que ejecutara la obra materialmente y por encargo de la promotora según el oportuno proyecto, la exoneración de aquella de a responsabilidad decenal en el concepto de contratista, pues esta expresión comprende al promotor-constructor, y como expresó la últimamente citada, ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero» (esto es intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico)”».

Por su parte, destacamos de la segunda de las sentencias referidas (de 8 de junio de 1992 -Roj: STS 4574/1992 -), lo siguiente: «Que los promotores no

pues el Tribunal Supremo ya considera a las cooperativas como promotoras. En ese sentido Vid. el Auto dictado por el Tribunal Supremo, de 23 septiembre 2015 (JUR 2015\230435).

Por lo que se refiere a las comunidades civiles de promoción, vid a título de ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 1994¹²⁷, en la que el Alto Tribunal admite la responsabilidad de una comunidad civil de promoción, pero estima que se ha de demandar a todos los comuneros y cada uno de ellos responderá sólo en proporción a su cuota en la comunidad; d) *Gestores inmobiliarios y otras figuras bajo las que se esconde un verdadero promotor*, respecto de los gestores inmobiliarios que confieren apoyo a las cooperativas y a las llamadas comunidades civiles, la jurisprudencia considera como

asuman frente a los propietarios de los pisos el ejercicio de las acciones para reparar lo mal hecho puede generar que sean ellos mismos demandados y condenados con el constructor y los técnicos, pero no se impone que deban siempre figurar en los litigios, como demandados; cuando, como en este caso, actúan en defensa del interés propio de que la prestación sea correctamente cumplida, aunque ello redunde en beneficio de los propietarios que también tienen acciones en juicio»; y ya, en concreto, esa viabilidad de actuación se explica en sentencia de 6 de marzo de 1990: «... la cooperativa de viviendas regida por sus estatutos aprobados en 14 de febrero de 1976, inscrita en el Registro Oficial de Cooperativas con el número 21.462 y regida, por tanto, por la hoy derogada Ley 52/1974 de 19 de diciembre y su Reglamento de 16 de noviembre de 1978, cuyo artículo 103 establece como objeto de estas cooperativas de viviendas el de «procurar viviendas y edificaciones y obras complementarias exclusivamente para sus socios y familiares», siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa; por todo ello, carece la cooperativa de viviendas del carácter promotor-constructor a los efectos del artículo 1.591 del CC frente a los socios cooperativistas...».

¹²⁷ Roj: STS 7860/1994.

verdadero promotor a los que se esconden bajo la figura de gestor de comunidades civiles de propietarios, pues ellos mismos buscan a las personas que quieren comprar un piso y las inducen a formar parte de la comunidad, encargan la promoción y se benefician de las ganancias, para así eludir la responsabilidad decenal¹²⁸. Ahora bien, la jurisprudencia no considera equiparable al promotor al mero mandatario del comitente¹²⁹.

¹²⁸ Véase la STS de 3 de octubre de 1996 - Roj: STS 5242/1996-.

¹²⁹ Véase en este sentido la STS de 23 de diciembre de 1993 -Roj: STS 9131/1993-. De la referida sentencia destacamos el siguiente pronunciamiento: «Siendo de observar, volviendo al segundo de los motivos más atrás citado, la improcedencia del empeño que en el mismo se pone en que se considere promotor a la Caja de Ahorros del Mediterráneo demandada, cuando la sentencia ha comenzado sus razonamientos declarando que la misma "no efectuó en su nombre gestiones propios de promoción de la vivienda", sino las gestiones necesarias para la constitución de la URBANIZACIÓN000 " en terrenos de su propiedad en Cocentaina, vendiendo al Sr. Lucio , entre otros, una parcela de 2.401 metros cuadrados, tras dotarla de los servicios de electricidad, agua, suministro de energía eléctrica, encintado de aceras, etc., pero sin intervenir, en propio nombre, en la construcción del chalet en el que se han advertido los defectos, el cual se realizó por los ya dueños de la parcela, aunque la Caja contratase servicios propiamente constructivos por su encargo "actuando como mandatario" de aquellos, situación que el juzgador estima, razonablemente, que no la incluye en el círculo de responsables -ex- artículo 1541 del Código Civil-por los defectos de la obra alegados por los actores, ya que, según afirma el Tribunal de instancia no efectuó gestiones de promoción de la vivienda propios de este cometido, que son los tendentes "a coordinar las actividades técnicas, jurídicas y de realización material por los profesionales que estima adecuados", actuando en propio nombre, sino "limitándose a cumplir un encargo efectuado por quien, sobre terreno propio, va edificarse una vivienda"».

2. El promotor en la Ley 57/1968, de 27 de julio, y DA 1ª de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Como ya veíamos, el artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, circunscribe el ámbito de aplicación de la Ley a *«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 (...)»*.

El tenor literal del artículo primero de la Ley 57/1968, parte de la figura de promotor entendida bien como persona física o jurídica. Ahora bien, el ámbito de aplicación quedó ampliado por el Decreto 3114/1968, a la promoción de viviendas en régimen de comunidad y a las cooperativas de viviendas. Por su parte el RD 2028/1995 extiende asimismo las garantías del D 2114/1968 a las VPO realizadas a través de esas fórmulas¹³⁰.

El supuesto de promoción de viviendas en régimen de comunidad, hace referencia a comuneros -o gestores mandatarios de los comuneros- que promueven construir sobre un solar común, y que obtienen cantidades anticipadas de otros comuneros, de quienes aspiran a serlo, o de quienes adquieren viviendas en

¹³⁰ Cfr. CARRASCO CORDERO, A., GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., CORDERO LOBATO, E., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op. cit., páginas 596 a 598.

régimen de propiedad horizontal. En este caso, las obligaciones que la Ley 57/1968, de 27 de julio, impone al promotor corresponderán 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. Cuando se trata de cooperativas, las obligaciones corresponderán a la Junta Rectora y se deberá restituir, en las condiciones señaladas, cualquier aportación hecha por el socio¹³¹.

¹³¹ Véase que como señalan los autores CARRASCO CORDERO, A., GONZÁLEZ CARRASCO, C., CORDERO LOBATO, E., en *Comunidades y Cooperativas* incluido en *Garantías y Cantidades anticipadas...*, op. cit., páginas 597 a 598: «El concepto de «gestor» que utiliza la DA 1a LOE tiene que ser puesto en relación con el de «gestor de cooperativas o de comunidades», del art. 17.4 LOE. En realidad, no existe propiamente una diferencia técnica entre promotor y gestor, si se atiende a los términos tan generales que utiliza el art. 9 LOE para definir al promotor inmobiliario. Lo decisivo no es si un sujeto se presenta asimismo como promotor, o si sólo lo hace como gestor del grupo colectivizado de promotores. Lo decisivo debería ser quién aparece firmando el contrato de compraventa por precio aplazado. Sólo éste estaría sujeto a las obligaciones de la Ley 57/1968». Partiendo de las cuestiones que plantean los autores de la citada obra, la cuestión no viene resuelta de la manera indicada en la legislación aplicable, así véase que el Decreto 3114/1968 imputa las obligaciones y las responsabilidades legales al gestor de la comunidad o a la Junta rectora de la cooperativa. Distinguen los referidos autores varios supuestos: en el primer caso no importa si el promotor- gestor es propietario del suelo que edifica y vende en nombre y por cuenta propia. Lo decisivo es, mantienen los referidos autores, que esa persona «gestione la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciba las cantidades anticipadas, ya sea en calidad de propietaria del solar o como mandataria, gestora o representante de aquélla, o bien con arreglo a cualquier otra modalidad de hecho o de derecho» (art. 2 Decreto 3114/1968). Por tanto, un mandatario de los auto promotores que edifican para sí en régimen de comunidad es un «gestor» en el sentido de la DA 1a LOE.

Por lo que se refiere a las cooperativas de vivienda, la situación legal según manifiestan los referidos autores en la citada obra, “es perpleja”. Las cooperativas, como sociedades y sujetos de derecho, «estarán sometidas a las normas de garantía», pero quienes garantizan son propiamente las Juntas

La Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, modificada por el apartado dos, de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio¹³², establece que la referida ley es de aplicación a *«1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de*

rectoras (hoy, Consejo Rector), según el art. 4 Decreto 3114/1968. «Esta expresión podría entenderse en términos de representación orgánica o en términos de imputación de la obligación legal. En el primer caso, lo que la norma establece es, obviamente, que es el órgano de administración de la sociedad el que está legitimado para contraer obligaciones en nombre de aquélla. En el segundo caso se trataría de imputar la obligación y responsabilidad a título individual a los miembros de la Junta rectora. A ello contribuiría la norma del art. 5 del Decreto, que imputa la responsabilidad por el incumplimiento del deber legal a los miembros del órgano de administración de la cooperativa. Con todo, es preferible la primera de las interpretaciones, como más adecuada al sistema de personificación y representación orgánica del Derecho de sociedades, y que además atiende con justicia a que los miembros de los consejos rectores de las cooperativas de viviendas no pueden recibir remuneración por el desempeño del cargo (art. 89.6 LC).

En cambio, los gestores de cooperativas a que se refiere el art. 1 b) RD 2028/1995 y, ahora, el art. 33.2 LC no están obligados a prestar la garantía correspondiente de la Ley 57/1968, de 27 de julio, pues en su cualidad de mandatarios de la cooperativa no pueden recibir en nombre y cuenta propia las cantidades correspondientes a la vivienda. Es curioso, sin embargo, cómo precisamente sobre estos gestores debería recaer semejante responsabilidad, dadas las facultades que normalmente se reservan y el control total que en numerosos casos adquieren sobre la propia cooperativa, a la que sustituyen de facto como protagonista del proceso constructivo y contractual, y que son quienes en definitiva se relacionan con el socio. Sin embargo, es de sentido común entender que el «gestor» de la DA 1a, párrafo primero, es la sociedad gestora de las cooperativas, jurídicamente independiente de ésta».

En el art. 91.7 de la Ley 8/2003 de Cooperativas valenciana (8/2003 de 24.3) se establece una nueva modalidad de garantía por cantidades entregadas con anterioridad a la adjudicación. El socio, desde el momento de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, podrá exigir la constitución de una hipoteca de máximo para garantizar las cantidades que venga obligado a entregar hasta la adjudicación de la vivienda. Los gastos correrán a cargo del socio.

¹³² Entrada en vigor el 1 de enero de 2016.

viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción (...)», por lo tanto de manera expresa también se refiere a viviendas construidas en régimen de comunidad de propietarios y cooperativa.

Es visto que desaparece del tenor literal del artículo la prohibición de que se trate de viviendas de protección oficial, así como el destino que debe darse a las mismas¹³³

II SUJETO ACTIVO DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL: EL ADQUIRENTE

La Ley 57/1968, para referirse al sujeto protegido por las garantías que la misma establece, utiliza términos muy generales como “cesionarios¹³⁴”, “compradores¹³⁵” y “adquirentes¹³⁶”.

Por su parte, la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, modificada por el apartado dos, de la Disposición final tercera de la

¹³³ En la redacción dada por el art. 1 de la Ley 57/1968, se hacía referencia a «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 (...)». Dichas apreciaciones desaparecen de la actual redacción de la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

¹³⁴ Véanse Preámbulo y artículos 1, 2, 3, y 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

¹³⁵ Vid artículo 4 de la Ley 57/1968.

¹³⁶ Véanse Preámbulo y artículo 1 de la Ley 57/1968.

Ley 20/2015, de 14 de julio, hace referencia en todo momento a la figura del “adquirente”.

Adviértase que las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, no resultan de aplicación a toda persona que adquiriera una vivienda en construcción, pues resulta esencial que el destino final de tal adquisición sea la de destinar la misma a residencia familiar o domicilio precisamente del adquirente. Se excluye por tanto del ámbito de aplicación de esta ley aquellas adquisiciones de vivienda que tengan por finalidad la de introducirla en el mercado inmobiliario u obtener rendimiento económico de ella¹³⁷.

¹³⁷ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op cit. página 30. En idéntico sentido Véanse 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*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, página 62; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas (...)”, op cit., páginas 11 y 12; CARRASCO PERERA, Á., *Percepción de cantidades a cuenta del precio durante (...)*, op. cit., página, 541; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a., *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, página 173: “la Ley 57/1968 protege a los consumidores de vivienda, esto es, a aquellas personas que adquieren la misma exclusivamente para su uso personal o familiar sin voluntad de adquirirla para introducirla en el mercado inmobiliario con el objeto de obtener rendimiento de la misma o simplemente de adquirirla como cualquier otro bien especulativo para aprovecharse en el futuro de su revalorización sin intención de utilizarla. De ahí que se haya considerado que la pretensión de la citada Ley es proteger a los consumidores”.

El profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, op cit., páginas 268 y 269, señala que únicamente estarán protegidos por lo dispuesto en la norma los compradores que sean destinatarios finales de las viviendas.

Por su parte, del tenor literal de la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación¹³⁸, no se desprende que queden excluidos del ámbito de aplicación de la ley la adquisición de vivienda cuyo destino final no sea destinar la misma a residencia familiar o domicilio precisamente del adquirente. Ese es un punto diferencial importante entre ambas regulaciones (Ley 57/1968, de 27 de julio, y Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)

El propio profesor ESTRUCH a propósito de tal afirmación mantiene que si se tuviera únicamente en cuenta el tenor literal de la norma podría discutirse que sólo queden protegidos los adquirentes que sean consumidores, esto es los destinatarios finales de las viviendas adquiridas, pues aunque es cierto que la Ley 57/1968 exige que las viviendas adquiridas sean destinadas a domicilio o residencia familiar, sin embargo no indica en ningún momento que dicha residencia o domicilio deba ser, precisamente la del adquirente.

Precisamente para solventar esa cuestión, el profesor ESTRUCH, partiendo de una interpretación histórica y sistemática de la Ley concluye que deben quedar protegidos por las garantías contempladas en la Ley los adquirentes que sean destinatarios finales de las viviendas y no cualquier otro comprador.

El profesor ESTRUCH, emplea dos argumentos principalmente para sostener tal conclusión: en primer lugar, repara en que la Ley 57/1968 lo que hizo fue extender a las viviendas de renta libre las medidas de garantía que previamente se habían establecido en el Decreto 9/1963, de 3 de enero, para las de viviendas de protección oficial (viviendas, estas últimas, que necesariamente debe destinar su adquirente a su uso familiar o personal), de lo que deduce el profesor ESTRUCH, que también la Ley 57/1968 tiene ese vocación; y en segundo lugar, por cuanto en el Preámbulo de la Ley 57/1968, el legislador se refiere a «adquirentes y futuros usuarios», por lo que (dice el citado profesor) “parece razonable concluir que el espíritu de la norma es proteger únicamente a los adquirentes que comprenden la vivienda como destinatarios finales de la misma y no a aquellos otros compradores que la comprenden con ánimo especulativo, para arrendarla o con cualquier otra finalidad diversa a su utilización directa, personal o familiar”.

¹³⁸ Conforme a la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

1. El concepto de consumidor.

La vivienda (objeto del contrato de compraventa que estudiamos en el presente trabajo) es uno de los bienes de consumo más importantes en la vida de una persona¹³⁹, lo que explica la protección constitucional (artículo 51 Carta Magna¹⁴⁰) y legal en 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁴¹, donde se hace una mención expresa a la materia en los artículos 5.2, j), 10.1 c) y 13.2 (materiales de construcción, gastos repercutibles y documentación a entregar por el promotor).

Por lo que se refiere a la noción de consumidor en el derecho comunitario¹⁴², en las numerosas Directivas que contemplan la

¹³⁹ Cfr. CASADO PÉREZ, J. M^a., “La responsabilidad Jurídica en el ámbito de la edificación”, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por Arcadi Viñas, Estudios de derecho judicial, N^o. 47, 2003, 245-300.

¹⁴⁰ Artículo 51 Constitución Española: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

¹⁴¹ El artículo 3 de la TRLGCU dice: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.».

¹⁴² Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *El concepto de consumidor en (...)*, op. cit., pág. 377.

protección del consumidor¹⁴³ “está consolidada la noción de consumidor referida a las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional. El uso privado de los bienes o servicios adquiridos y su utilización fuera de su actividad profesional constituye el aspecto esencial de la noción de consumidor”.

Como regla general, una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional, no puede ampararse en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas. Sólo será calificado el sujeto como consumidor cuando el uso profesional se revele como marginal o insignificante.

El TJCE ha acuñado el concepto de consumidor normalmente informado, que comprende al que se le ha facilitado la información necesaria sobre los bienes o servicios que desea conseguir, que puede confiar en su propio discernimiento para proteger su salud y evitar ser inducido a error. El consumidor al que va dirigida la información es el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Se da una noción de consumidor en la que se presume un prototipo

¹⁴³ Cfr. GONZÁLEZ VAQUÉZ, *La noción de consumidor en el Derecho Comunitario de consumo*, op cit., pág. 35. Destaca el citado autor que el TJCE en su Sentencia de 20 de enero de 2005 (caso Glubery v. Bay Wa AG), parte de la base de que los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas, se refieren al consumidor final privado que no realiza actividades mercantiles o profesionales. Se define por tanto al consumidor de igual manera que las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores.

medio activo, educado, prudente y formado en el conocimiento de sus derechos pero también de sus obligaciones. Estamos ante un consumidor que se informa y consecuentemente decide.

Nuestro legislador ha tenido el indudable acierto de establecer una definición general de consumidor y de usuario que coincide con la que aparece en el Derecho comunitario, “con la salvedad de considerar consumidores o usuarios a las personas jurídicas, sin ningún tipo de limitación. Lo primero es sin duda acertado, porque el artículo 1.2 y 3 de la LGDCU ha suscitado no pocos problemas interpretativos, que ahora han dejado de plantearse”¹⁴⁴.

El sujeto pasivo de la relación contractual que es objeto de estudio en el presente trabajo, se corresponde con el sujeto protegido por las garantías que establece la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas¹⁴⁵. Esta ley quedará

¹⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ VAQUÉZ, *La noción de consumidor en el Derecho Comunitario de consumo*, op cit., pág. 35. Mantiene el precitado autor, que al no contarse con una definición única y polivalente de consumidor, es problemático delimitar el ámbito de aplicación del Derecho del consumo *ratione personae*. Algo parecido acontece en nuestro Derecho, lo cual se explica porque dentro del denominado Derecho del consumo se insertan materias muy diversas, con importantes peculiaridades. Las nociones varían en función del concreto sector que se pretende regular por cada Ley, aunque la existencia de una noción general como la que figura en el TRLGDCU determina que se aplique a la mayor parte de las materias en las que se plantea la protección del consumidor.

¹⁴⁵ A los efectos de establecer el sujeto que viene protegido por las garantías que establece la Ley 57/1968, de 27 de julio, véase que la referida Ley utiliza términos como «cesionarios» (en el Preámbulo y artículos 1, 2, 3 y 7), «adquirentes» (Preámbulo y artículo 1) y «compradores» (artículos 4), si bien no exige nada más respecto de los mismos. Ahora bien, es lo cierto que las referidas garantías no son predicables de cualquier adquirente de la vivienda en

derogada a partir del 1 de enero de 2016, por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, conforme a la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio. En esta última ley también el promotor es el sujeto pasivo de la relación contractual, con las particularidades ya vistas anteriormente.

El Real Decreto 515/1989¹⁴⁶ regulador de la información a suministrar a los consumidores en la compraventa y arrendamiento de vivienda, ofrece una definición bastante genérica de consumidor en materia de vivienda. De conformidad con la citada norma, consumidor es cualquier particular que adquiera este tipo de inmueble, siendo el destinatario final del mismo, sin que pretenda

construcción, con independencia del destino final de la vivienda adquirida. La idea latente en la Ley es que dicha protección debe atribuirse exclusivamente a quien va a adquirir la vivienda como destinatario final de la misma y no para introducirla en el mercado inmobiliario u obtener rendimientos económicos con ella.

¹⁴⁶ El artículo 1 del Real Decreto 515/1989 establece el ámbito de aplicación de dicha norma a la oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta o arrendamiento de vivienda, dentro de una actividad empresarial o profesional. Excluye, asimismo, las ventas efectuadas mediante subasta pública o administrativa. La claridad del contenido del precepto no exige mayor comentario, si bien, siguiendo en este punto a ALDAMUNDE MIRANDA, A., hemos de afirmar que no excluye la aplicación del Real Decreto la venta efectuada por el promotor a través de la mediación de Agencias Inmobiliarias. Tal y como destaca el mencionado autor, es posible que sorprenda el hecho de muchos mediadores (que procuran contratos de compraventa a los promotores) no ofrezcan al consumidor la información exigida por el repetido R.D. 515/1989. Señala ALDAMUNDE MIRANDA, A., opinión que compartimos, que “esta constituye una flagrante infracción de la norma protectora del consumidor”. Cfr. ALDAMUNDE MIRANDA, A., *La adquisición de vivienda*’ en Derecho y empresa, tercer Trimestre 2005, Iberforo, Madrid, Página 3.

su comercialización o la prestación de un servicio a través de dicho bien¹⁴⁷.

Desde el punto de vista subjetivo, la Ley 57/1968, de 27 de julio, no parte del concepto de consumidor como referente en cuanto a su ámbito de aplicación. Utiliza los términos de cedentes y cesionarios. «La calificación del cesionario como necesariamente consumidor sería el resultado de la superposición del concepto destinatario final al que se refiere la legislación en materia de consumidores al uso que aquélla establece para el inmueble a adquirir, esto es, vivienda o domicilio familiar»¹⁴⁸.

Debemos tener en cuenta ¹⁴⁹ que en los contratos de compraventa inmobiliarios en los que interviene un profesional (promotora o constructora) como vendedor y un consumidor

¹⁴⁷ «No se discrimina si la adquisición es de primera o segunda vivienda, si se pretende situar en ella el domicilio definitivo o, en su caso, si únicamente se busca materializar la inversión de unos ahorros». Vid. ALDAMUNDE MIRANDA, A., *La adquisición (...)*, op cit. página 2.

¹⁴⁸ Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Ámbito de aplicación de la ley 57/1968 y Disp. Adic. 1a de la LOE. Concepto de vivienda y de cesionario. El concepto de cantidades anticipadas en 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., página 5.

La autora citada expone que las dudas se plantean ya no sólo respecto de este ámbito de la contratación sino en general en relación con consumidores cuando el consumidor, en principio reúna los rasgos propios para ser considerado como tal, pero nos encontremos con la figura del denominado consumidor-inversor, esto es, aquel que no persigue como destino del inmueble a adquirir el uso de vivienda o domicilio, permanente o de temporada, sino la reventa de la misma o su explotación mediante el arrendamiento.

¹⁴⁹ VV.AA (Dirigida por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., MORALEJO IMBERNÓN, N.I.; QUICIOS MOLINA, M.S.), “Compraventa de bienes inmuebles. Forma y perfección. Interpretación”, en *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, página 1814.

como adquirente, la Ley no exige la formalización por escrito, tal y como sucede con otros contratos con consumidores.

Ahora bien, este requisito se deduce, de algunas de las normas que protegen al consumidor inmobiliario como el artículo 5.4 RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que obliga a hacer constar en el contrato de modo legible determinados contenidos, entre los que se encuentra la advertencia de que el profesional no puede cargar al comprador con los gastos de titulación del contrato (cfr. art. 89 TRLGDCU), así como la imprescindible alusión a lo dispuesto en los artículos 1279 y 1280 CC, que ha de interpretarse como la obligación que tiene el profesional/vendedor de asesorar al consumidor/adquirente sobre las ventajas de documentar el contrato en escritura pública.

Si el contrato contuviera condiciones generales de la contratación, opera la exigencia de que se facilite al adquirente del bien un ejemplar de este condicionado general en el momento de contratar (art. 5.1.II LCGC).

La Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, conforme a la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, en su apartado tercero, incluye los requisitos exigidos en cuanto a la información contractual, que deben contener 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. Establece el indicado precepto que deberá hacerse constar expresamente en dichos contratos:

«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».

A modo de conclusión del epígrafe, se quiere llamar la atención sobre la siguiente reflexión: «la protección del adquirente de viviendas se realiza a través de todas las ramas del ordenamiento

jurídico que tutelan intereses económicos: penal, civil, hipotecario o administrativo, a los que hay que añadir, con las reservas hechas en cuanto a su autonomía, el derecho del consumo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la protección que se otorga al adquirente de un inmueble no es siempre la misma, sino que varía en función de determinadas cualificaciones. Así, en la adquisición de una vivienda se protege al adquirente a través de las mismas disposiciones y con los mismos mecanismos institucionales de los inmuebles en general, pero además entran en juego otras disposiciones tutoras, v. gr. la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre anticipos a cuenta entregados a promotores de viviendas. Y si además quien compra es un consumidor y merece la consideración de tal con arreglo al TRLGDCU, ésta le concede una protección más eficaz de la que el sistema general confiere a una PYME. Si se trata de una primera transmisión de la vivienda habrá de añadirse la protección informativa que establece el R.D. 515/1989, de 21 de abril, sobre protección a los consumidores en cuanto a información a suministrar en la compraventa y arrendamiento. Examinar todo el conjunto de normas que salvaguardan la posición del adquirente de inmuebles obligaría a contemplar todo el tema de la seguridad jurídica tanto en su fase previa o cautelar (sobre todo en la fase de documentación notarial y en la registral) como en la judicial y administrativa de restablecimiento de la legalidad o, cuando éste ya no fuera posible, de resarcimiento de daños»¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Vid. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JL. “La defensa del consumidor

2. De la figura del agente inmobiliario

El modo de verificarse la compra de la vivienda por parte del particular, como destinatario final, suele llevarse a cabo a través de agente inmobiliario.

La relación jurídica que une al propietario vendedor y al agente inmobiliario se articula, según la doctrina y la jurisprudencia, a través del contrato de mediación.

La prestación de servicios por parte de los mediadores o corredores, no está regulada por el Código Civil¹⁵¹ pero esta laguna ha sido subsanada en gran parte por la Jurisprudencia y por los usos, y para los contratos que pueden ser calificados de agencia, por la Ley 12/1992, de 27 de mayo. Siendo la finalidad del contrato de mediación poner en relación entre sí, directa o indirectamente, a las partes que han celebrar un futuro contrato, cualquiera que sea éste.

Véase que el mediador no viene obligado a realizar ninguna de las actuaciones incluidas en el artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia ¹⁵² (salvo que se encuentre

adquirente de inmuebles en el derecho español y en el comunitario”. Núm. Vol.: 21/ 1993. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial. El contrato de compraventa. Páginas 177 a 226.

¹⁵¹ REBOLLEDO VALERA, A. L., *Compraventa a través de agente inmobiliario*, Aranzadi Civil-Mercantil núm. 20/2006, Pamplona, 2006.

¹⁵² Artículo 1 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia: «Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada y estable a cambio de una remuneración, a promover actos

incluido dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la referida Ley, por vínculos de dependencia, subordinación o representación), ni participa personalmente de una de las partes ni como simple mandatario o comisionista suyo, de modo que queda fuera siempre del contrato derivado de su actividad.

Sólo después de la conclusión del negocio, en ocasiones, puede asumir la representación de las partes limitadamente a los actos de ejecución del mismo, entrando ya esa actividad en el ámbito de la representación, el mandato, entre otros.

En relación con el contrato de mediación inmobiliaria, a diferencia de la mediación en general, la primera tiene una característica que ha de tenerse en cuenta: en muchas ocasiones el agente inmobiliario va más allá de la simple intermediación y se involucra en el resultado de la misma mediante la formalización de contratos preparatorios o compraventas con percepción de arras anticipo de su retribución o comisión (normalmente autorizado por el vendedor) por lo que la mediación no aparece como un contrato puro sino mixto, en el que el contenido es más completo y complejo en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes¹⁵³.

u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones».

¹⁵³ Vid. REBOLLEDO VALERA, A. L., *Compraventa a través de agente* (...), op. cit., pág. 4. Tal y como señala el autor citado, la problemática del referido contrato se plantea principalmente en relación con la percepción por parte del mediador de los honorarios que le corresponden. En este sentido cabe preguntarse si la perfección del contrato de compraventa funciona como

Con carácter general ¹⁵⁴, la obligación del agente es de resultados no de medios, y de ahí que la Jurisprudencia niegue al agente el derecho no sólo a la percepción de los honorarios o comisión por intermediación si no se obtiene la perfección del contrato de compraventa, sino que incluso hace extensiva esa negativa al abono o reintegro de los gastos habidos si, en definitiva, la operación no llega a su fin, por considerarlos a riesgo del mediador.

Es visto que la figura del agente inmobiliario es distinta de la del promotor, en este sentido hacemos referencia a la STS (Penal) de 29 de abril de 1996¹⁵⁵ -Roj: STS 2585/1996- y por lo tanto, no

requisito constitutivo y de derecho imperativo o si, por el contrario, las partes pueden pactar el cobro de los honorarios a pesar de que el contrato no se perfeccione.

¹⁵⁴ Vid. REBOLLEDO VALERA, A. L., *Compraventa a través (...)*, op. cit. Pág. 14.

¹⁵⁵ La referida sentencia, en consonancia con la tesis expuesta en el epígrafe primero de este Capítulo, (mantenemos que resulta obligado a cumplir las garantías que exige la Ley 57/1968, el promotor, no resultando por tanto de aplicación la referida Ley como sujeto pasivo de la misma, a quienes no ostenten tal condición). Así indica la referida sentencia que «es injustificado calificar de inmotivada e incongruente a la combatida, cuando en ella -además- se constata una tarea individualizadora que justifica expresamente (fundamento jurídico 3º) la exclusión del recurrente como autor del Delito de Apropiación Indebida en términos tan contundentes y, a la vez razonados, como los que siguen: "La sentencia de 20 de mayo de 1981 dice que la aplicación de los supuestos contenidos en la Ley de 27 de julio de 1968 supone que al autor de los hechos pueda serle atribuida la condición de promotor de viviendas.

El Sr. Juan Antonio no es promotor de viviendas, sino que trabaja de agente de la propiedad inmobiliaria, dedicado entre otros asuntos a negociar la venta de bienes de esa clase que pertenecen a terceros. Entre sus obligaciones no está la de abrir la cuenta corriente especial ni la de concertar el seguro a que nos hemos referido anteriormente. No sólo no está obligado sino que ni siquiera podría hacerlo, al estar reservado al promotor (...).

son exigibles al mero agente inmobiliario las garantías impuestas por la Ley 57/1968, de 27 de julio.

CAPÍTULO IV

ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

SUMARIO:

I.- ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO *1. Concepto de vivienda. 2. El concepto de cantidades anticipadas garantizadas por la Ley 57/1968, de 27 de julio y de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio). 2.1. Del ingreso de cantidades anticipadas por medio de efectos cambiarios.*

II.- CONTRATOS U OPERACIONES SUJETAS A LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO. *1. Contrato de compraventa de vivienda en construcción. 2. Contrato de compraventa de viviendas en construcción y compraventa de viviendas sobre plano. 3. Contrato de permuta de solar por obra futura. 3.1. La aplicación de la Ley 57/1968 al contrato de permuta de cesión de solar por obra. 4. Contrato de adquisición de cuotas indivisas de un edificio. 5. Contrato de compraventa de parcela y ejecución de obra.*

III. APLICACIÓN DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, Y DE LA DA 1ª DE LA LOE (CONFORME REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO) EN LA FASE DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: TRATOS PRELIMINARES Y CONTRATACIÓN PREVIA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO. *1. Contratación previa. 2. Tratos Preliminares. 3. Precontrato. 4. Contrato de opción. 5. Contrato de arras o de señal.*

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

1. Concepto de vivienda

Teniendo presente que el objeto de nuestro estudio es el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, se hace necesarios analizar los dos cuerpos legales que regulan la materia en nuestro país¹⁵⁶.

El art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, señala como concreto ámbito de la edificación sujeto a su régimen: *«viviendas (...) destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial»*.

Por su parte, el apartado dos, de la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, que modifica la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, ofrece el siguiente tenor literal respecto del sujeto pasivo de la norma que sustituye la anterior dicción de la Ley 57/1968, de 27 de julio: *«1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes*

¹⁵⁶ En momentos temporales sucesivos (primero la Ley 57/1968, de 27 de julio, y a partir del 1 de enero de 2016, la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes (...)».

El elemento central de nuestro estudio es precisamente el concepto de vivienda, definida por el diccionario de la Real Academia Española como el “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”¹⁵⁷.

Por lo que se refiere a la definición de origen legal, podemos recurrir esencialmente a la Ley de Arrendamientos Urbanos que la define como “(...) *edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario*”¹⁵⁸.

También la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en su artículo primero, se refiere a las viviendas: “*destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien de residencia de temporada, accidental o circunstancias*”. Por su parte, la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no hace ninguna precisión más allá de que se trate de “vivienda”, no especifica que se tiene que destinar a domicilio o residencia familiar ni el carácter temporal del uso de la misma.

¹⁵⁷ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.^a, publicada en 2001, www.rae.es.

¹⁵⁸ Vid. Artículo 2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Publicado en BOE de 25 de Noviembre de 1994.

En la legislación autonómica, haremos referencia a la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat Valenciana, de la Vivienda de la Comunidad, en la que el legislador autonómico entiende por tal, según el art. 2 de la citada Ley *“toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas, y que reúna los requisitos básicos de calidad de la edificación, entorno y ubicación conforme a la legislación aplicable, y que sea apta para la obtención de la licencia municipal de ocupación o, en el caso de viviendas protegidas o rehabilitadas de protección pública, la cédula de calificación definitiva”*.

En las definiciones antes expuestas¹⁵⁹ lo que destaca es precisamente su destino: el servir de residencia, siendo sinónimos los términos de vivienda y residencia¹⁶⁰.

Hay que matizar que la Ley 57/1968, de 27 de julio, se aplica no sólo a viviendas destinadas a servir de domicilio o residencia (ya sea permanente o habitual) de las personas, sino también, a aquellas otras viviendas que están destinadas a servir de residencia de temporada (segunda residencia) o apartamentos turísticos, siempre

¹⁵⁹ Teniendo presente que en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación no se especifica que el ámbito de aplicación de la Ley se circunscriba sólo a viviendas destinadas a servir de domicilio o residencia (ya sea permanente o habitual) de las personas, como sí se hacía en el artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

¹⁶⁰ Cfr. PARRA TORRES, V., *La Protección del Consumidor en el Contrato de Compraventa de Vivienda en Construcción*, Tesis doctoral, *pro manuscrito*, realizada por D. Venancio Parra Torres, bajo la dirección de Dña. Encarna Serna Meroño, Departamento de Derecho Civil Universidad de Murcia, 2014, págs 91 y 92.

que el adquirente los adquiera como destinatario final de las mismas¹⁶¹.

Entendemos que la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, dado el carácter abierto de su tenor literal¹⁶², también será de aplicación a viviendas que están destinadas a servir de residencia de temporada (segunda residencia) o apartamentos turísticos, siempre que el adquirente los adquiera como destinatario final de las mismas. Resulta obvio que, siendo que esta regulación dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no entra en vigor hasta el día 1 de enero de 2016, no podemos aportar sentencias de contraste a los efectos de

¹⁶¹ Cfr. CARRASCO PERERA, A., *La percepción de cantidades (...)*, op. cit. págs. 541 y 542. Entiende el citado autor que “el adquirente deberá ser un consumidor, incluso si la vivienda se adquiere para cumplir finalidades no permanentes de habitación, como vivienda turística”. En el mismo sentido Señala CABANILLAS SANCHEZ que “desde el punto de vista objetivo, se aplica la Ley a todas las viviendas no protegidas, ora sean destinadas a domicilio permanente o residencia familiar de carácter permanente, ora a residencia de temporada, accidental o circunstancial” añade el citado autor que “quedan excluidas las viviendas de protección oficial, que se someten a una regulación distinta y también las edificaciones que no son destinadas a domicilio o residencia familiar. En todo caso, se excluyen los locales comerciales”. Cfr. CABANILLAS SANCHEZ, A. *Las garantías del comprador por las cantidades (...)*, op cit. pág. 13.

¹⁶² Hacemos esta afirmación partiendo del carácter amplio que tiene el término empleado por la Ley de Ordenación de la Edificación (Disposición adicional primera, redactada conforme la Ley 20/2015, de 14 de julio) que habla de que se aplicará la regulación contenida en la misma, a los promotores (personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción) de toda clase de viviendas. Este concepto es obvio que no tiene un carácter excluyente de según qué tipo de viviendas (al menos por lo que al significado del término se refiere). Y siendo que, a diferencia de la anterior redacción del precepto, en la redacción de la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, redacción no se circunscribe el ámbito de aplicación de la norma a viviendas que no sean de protección oficial.

interpretar el sentido de la nueva regulación de la materia. No obstante lo cual, parece que el espíritu de la nueva regulación es continuista respecto de la regulación y jurisprudencia anteriores (derivadas de la Ley 57/1968, de 27 de julio), así las cosas, parece que podemos entender que continúa siendo de aplicación la interpretación doctrinal y jurisprudencial elaborada en relación a la Ley 57/1968, de 27 de julio, teniendo presentes las escasas novedades introducidas en la nueva regulación.

Así respecto del ámbito de aplicación objetivo, entendemos de aplicación la misma línea sentada respecto de la Ley 57/1968 (a la que ya hemos referencia), destacando que en la actual redacción no se circunscribe el ámbito de aplicación de la norma a viviendas que no sean de protección oficial.

Alguna sentencia dictada por la Sección Segunda del Tribunal Supremo (de lo penal) afirma que la Ley 57/1968, de 27 de julio, no se aplica a los apartamentos turísticos¹⁶³.

¹⁶³ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades (...)*, op cit., pág. 66. Destaca el profesor Estruch en la obra citada, en relación con la sentencia dictada por la sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 23 de enero de 1984 (de lo penal) que dicha sentencia, “bien es cierto que *obiter dictum*, afirma que la Ley 57/1968, de 27 de julio, no se aplica a los apartamentos turísticos”. El profesor ESTRUCH critica dicho pronunciamiento judicial en tanto que, según entiende dicho autor y nos sumamos a tal conclusión, la referida sentencia realiza una interpretación inexacta del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 57/1968, de 27 de julio. Mientras la sentencia del Tribunal Supremo afirma que la Ley 57/1968, de 27 de julio, se aplica a la compra de “viviendas” y no de “apartamentos”, tal y como pone de manifiesto el profesor ESTRUCH, “es evidente que el artículo 1 de la Ley se refiere de modo expreso también a viviendas destinadas a “residencia de temporada”. Vid ESTRUCH ESTRUCH,

Así, se cita por todas la sentencia dictada por la sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 23 de enero de 1984, que hace referencia a la Ley 57/1968, de 27 de julio, a los efectos de fijar el concepto de “vivienda” y concluye que «la citada disposición según su título nominativo se contrae a "Viviendas", y no a apartamentos, oficinas, locales de negocio y de comercio, u otras dependencias edificables que no sirvan estrictamente al fin primordial de morada más o menos prolongada, pero bajo la conceptualización de hogar familiar, por cuanto fue dictada en protección de adquirientes que se encuentran en necesidad de alojamiento doméstico y cuya situación económica no les permite afrontar su pago total o mayoritario al celebrar el contrato de compraventa, estando excluida su aplicación en los supuestos no previstos en su exposición de motivos y articulado en

J., *Las garantías de las cantidades (...)*, op cit., pág. 66.

También CABANILLAS SANCHEZ, en CABANILLAS SANCHEZ, A., *Las garantías del comprador por las cantidades (...)*, op cit. pág. 14, hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo antes dicha, que cita como: sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984, con referencia a BAJO FERNÁNDEZ, M., “Manual de Derecho penal. Parte especial (delitos patrimoniales y económicos)”, Madrid, 1989, pág. 299.

CABANILLAS SANCHEZ en la referida obra y en relación con la sentencia antes dicha, además de hacer referencia a las cuestiones expuestas por el profesor CABANILLAS SÁNCHEZ en su comentario a la misma sentencia, destaca que del relato fáctico contenido en la repetida sentencia se desprende que «la operación de compra por los querellantes, no se concretó a uno o dos apartamentos que fueren a constituir su vivienda, ni a una residencia accidental en Benidorm, que pudiera necesitar con más o menos apremio, sin que se contrataron 33 de aquellos “que pensaban vender y negociar para obtener las ganancias convenientes”, o sea, con ánimo puramente especulativo y lucrativo, lo que si no es contradictorio a los fines y efectos de dicha Ley, lo que resulta evidente es que aparece enteramente discordante con la letra y espíritu de la misma».

los que se hace expresa mención a viviendas y no a apartamentos de recreo o locales con destinos lucrativos o suntuarios, cuya correcta interpretación se deduce del texto legal, de la referencia a las viviendas de protección oficial reguladas en el Decreto de 3 de enero de 1963, que dicha Ley trata de ampliar y complementar con fines socioeconómicos en beneficio de quiénes las precisan para su ocupación inmediata y no pueden abonar el precio sino fraccionalmente y durante un tiempo espaciado, cuya interpretación viene determinada por la experiencia de la realidad social imperante, por la lógica que motivó la promulgación de la disposición, por los antecedentes legislativos que se tuvieron en cuenta, y por los demás elementos valorativos que a modo de guion orientador contiene el artículo 3º del Código Civil».

La Ley 57/1968, de 27 de julio, se refiere a *“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”* (artículo 1), y a pesar de que no impone de modo expreso que dichas viviendas deban estar destinadas a domicilio o residencia familiar del adquirente, por su parte el Preámbulo de la Ley, esta vez sí de manera expresa se refiere a *“adquirentes y futuros usuarios”*. De tal expresión se desprende que la Ley está pensada para adquirentes que vayan a ser destinatarios finales o usuarios al menos de la vivienda, que no para

aquellos compradores que adquirieran la vivienda con ánimo especulativo o lucrativo¹⁶⁴.

La sentencia dictada por la sala 2ª del Tribunal Supremo en fecha 23 de enero de 1984, antes citada, en su Considerando 3º, añade que «el relato fáctico señala que la operación de compra por los querellantes, no se concretó a uno o dos apartamentos que fueren a constituir su vivienda, ni aun su residencia accidental en Benidorm, que pudieran necesitar con más o menos apremio, sino que se contrataron 33 de aquéllos que pensaban vender y negociar para obtener las ganancias convenientes, o sea, con ánimo puramente

¹⁶⁴ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades (...)*, op cit., pág.s 30 y 31. Idéntica conclusión se desprende de la SAP de Madrid de 27 de febrero de 2008 -2008/896-, de la que destacamos lo siguiente: “No dudamos que la vivienda habitual y permanente y aun la ocasional; la de vacaciones, tienen un ámbito de protección específico, sea cual sea el sistema de promoción, pero lo que dudamos es que las viviendas compradas para inversión puedan gozar del mismo sistema protector.

La Exposición de Motivos de la Ley 57/68, de 27 de julio, es bien clara al definir cuál es la finalidad de la Ley; extender a las demás viviendas el sistema originalmente ideado para las viviendas de protección oficial, justificándolo de la siguiente manera: "obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella" características que no se dan en las viviendas compradas para inversión.

A la vista de la exposición de motivos y del art.1 de la Ley 57/68, de 27 de julio, que nos dice: "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..." tendremos que excluir del ámbito de aplicación de la Ley a las viviendas de autos pues no están destinadas a ser vivienda habitual o circunstancial: su destino es la inversión especulativa.”

Destacamos asimismo, en el mismo sentido, la sentencia dictada por la SAP de Madrid de 16 de enero de 2008 -JUR 2008\115764-. Las dos sentencias que han sido destacadas fueron pronunciadas por el mismo ponentes.

especulativo y lucrativo, lo que si no es contradictorio a los fines y efectos de dicha Ley, lo que resulta evidente es que aparece enteramente discordante con la letra y espíritu de la misma». Es visto que dicha sentencia viene a puntualizar que la adquisición de una vivienda con ánimo puramente especulativo y lucrativo, no resulta conforme con el espíritu de la Ley¹⁶⁵.

Es visto que la Ley 57/1968, de 27 de julio, protege a los consumidores de vivienda¹⁶⁶, entendidos como aquellas personas que adquieren la vivienda exclusivamente para uso personal o familiar sin voluntad de introducirla en el mercado inmobiliario con el objeto de obtener rendimiento de la misma o adquirirla como bien especulativo¹⁶⁷.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, cfr. SAP de Madrid de 9 de abril 2008 - JUR 2008\189038-, que se refiere a un supuesto en el que se pactó un seguro de caución en garantía de las cantidades entregadas a cuenta en la compra de una vivienda, en cuyas condiciones generales del seguro se hizo constar la exclusión de la Ley 57/1968, de 27 de julio, “por cuanto la vivienda descrita en las condiciones particulares no ha sido adquirida por el asegurado para destinarla a domicilio o residencia familiar con carácter permanente o de temporada accidental o circunstancial”.

¹⁶⁶ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades (...)”, op cit., pág. 32; BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, A., “La protección de los consumidores (...)”, op. cit. pág. 62; CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades...”, op. cit. pág. 541; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a, “La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea”, op cit., pág. 173.

¹⁶⁷ A pesar de que nada se concreta al respecto en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, conforme a la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no contiene especificación alguna al efecto, si interpretamos la misma a tenor de su antecedente lógico (Ley 57/1968, de 27 de julio), igualmente deberemos deducir que la Ley protege a los consumidores de vivienda, entendidos como aquellas personas que adquieren la vivienda exclusivamente para uso personal o familiar

El ámbito de protección otorgado por el legislador no se circunscribe a la vivienda en sentido estricto¹⁶⁸, sino que esta protección se amplía a sus accesorios y elementos comunes¹⁶⁹, quedando así incluidos tanto los garajes, como los trasteros, piscinas, jardines, etc., dada la trascendental importancia de estos elementos en el conjunto de la compraventa que, entre otros motivos, pueden llevar al comprador a decantarse por la adquisición de una vivienda en detrimento de otra en función de estos. Así, dentro del concepto actual de vivienda deben entenderse igualmente incluidos los anejos a la misma, esto es, trasteros, sótanos y plazas de garaje, que bien forman parte de la operación de adquisición o de otra llevada a cabo de forma paralela a la misma¹⁷⁰.

sin voluntad de introducirla en el mercado inmobiliario, con el objeto de obtener rendimiento de la misma o adquirirla como bien especulativo. Por la misma razón, no se circunscribe a la vivienda en sentido estricto, sino que esta protección se amplía a sus accesorios y elementos comunes.

¹⁶⁸ Cfr. art. 4.3, 5.1 y 5.5 del RD 515/1989, de 21 de abril. Pone de manifiesto, PARRA TORRES, V., que el ámbito de protección otorgado por el legislador no se circunscribe a la vivienda en sentido estricto, sino que esta protección se amplía a sus accesorios y elementos comunes, quedando así incluidos tanto los garajes, como los trasteros, piscinas, jardines, etc., “dada la trascendental importancia de estos elementos en el conjunto de la compraventa que, entre otros motivos, pueden llevar al comprador a decantarse por la adquisición de una vivienda en detrimento de otra en función de estos”, en PARRA TORRES, V., “La Protección del Consumidor ...” Op. cit. pág. 92.

¹⁶⁹ Vid CABANILLAS SANCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades (...)”, op cit. pág. 13, que establece: “quedan excluidas las viviendas de protección oficial, que se someten a una regulación distinta, y también las edificaciones que no son destinadas a domicilio o residencia familiar. En todo caso, se excluyen los locales comerciales”...

¹⁷⁰ Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op cit., págs 3 a 10.

Atendiendo a la jurisprudencia mayoritaria al respecto, debe entenderse el concepto de vivienda familiar de una manera amplia, incluyendo en el mismo los supuestos en los que existan tales anejos¹⁷¹.

Respecto de los indicados elementos es necesario distinguir si se adquieren como unidades independientes de la vivienda, o si han sido configurados en el título constitutivo de la propiedad horizontal como anejos inseparables de la misma¹⁷².

¹⁷¹ La jurisprudencia no es unánime en el sentido indicado, en tanto que existen pronunciamientos como el de la Sala 2 del Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de enero de 1984 que afirma que la Ley se refiere a viviendas y no «a apartamentos, oficinas locales de negocio y otras dependencias edificables que no sirvan estrictamente al fin primordial de morada más o menos prolongada, pero bajo la concepción de hogar familiar...».

En sentido contrario, entre otras, la STS de 16 de febrero de 1998 - Roj: STS 1003/1998-en la que la resolución por incumplimiento alcanzaba tanto a la operación de venta de la vivienda propiamente dicha como a la del trastero, sin distinción alguna al respecto. El mismo criterio igualmente ha de considerarse aplicable con relación a la adquisición de plazas de garajes, como anejos o como fincas independientes. Vid DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op cit., pág. 4.

¹⁷² El artículo 5 LPH, en relación con el título constitutivo de la propiedad dispone: *“El título constitutivo de la propiedad por pisos o locales describirá, además del inmueble en su conjunto, cada uno de aquéllos al que se asignará número correlativo. La descripción del inmueble habrá de expresar las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria y los servicios e instalaciones con que cuente el mismo. La de cada piso o local expresará su extensión, linderos, planta en la que se hallare y los anejos, tales como garaje, buhardilla o sótano.”*

Y el artículo 3 LPH establece que al dueño de cada piso o local le corresponde *“a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado.*

b) La copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos,

Si se adquieren como unidades independientes, no podrán ser consideradas como viviendas, por lo tanto no estando destinadas a domicilio o residencia familiar, no se aplicarían las garantías establecidas en la Ley respecto de las cantidades que el promotor exigiera que los compradores de dichos elementos (trasteros, sótanos y plazas de garaje) anticiparan antes o durante la construcción del edificio¹⁷³. Por el contrario, en caso de que los referidos elementos hubieran sido configurados en el título constitutivo de la propiedad horizontal como anejos inseparables de la vivienda, las cantidades que los adquirentes hubieran anticipado al promotor si estarían cubiertas por la Ley 57/1968, de 27 de julio.

La duda se plantea cuando el objeto de la operación no es una vivienda sino bien una plaza de garaje, o trastero que no conste como anejo de vivienda alguna, así como los locales comerciales.

pertenencias y servicios comunes”.

Por su parte, véase a GÓMEZ DE LA CALLE, E., “La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, ADC, número 45, 1992, pág. 1558, que recuerda que a pesar de que el artículo 5 LPH mencione de modo expreso como anejos a los garajes, buhardillas y sótanos, que los mismos sea anejos, o elementos comunes o incluso departamentos privados independientes queda dentro del ámbito de la autonomía privada, razón por la cual habrá que estar a lo establecido en el título constitutivo.

¹⁷³ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades (...)”, op cit., pág. 68. Mantiene el profesor ESTRUCH que en caso de que el título constitutivo de la propiedad horizontal ha configurados dichas unidades de obra como anejos inseparables de la vivienda, “jurídicamente hablando nos encontramos ante un único objeto de derecho, y por lo tanto, no tiene sentido que las garantías sólo se apliquen a las cantidades que el promotor indique que corresponden a la vivienda, porque en realidad, el objeto de derecho que se adquiere es único (vivienda más sus anejos inseparables), aunque comprenda varias unidades físicas”.

Resulta evidente que la aplicación del régimen de la percepción de cantidades anticipadas tiene carácter imperativo con respecto a los consumidores en cuanto a la adquisición de viviendas en los términos antes enunciados.

Sin embargo, en todos aquellos supuestos en los que, o bien el adquirente de vivienda no sea un consumidor, o que el bien adquirido no tenga la conceptualización de inmueble destinado a vivienda o domicilio familiar, aun cuando en la mayoría de los supuestos la operación se sustancie por los mismos trámites, desde el punto de vista de las garantías de la percepción de cantidades anticipadas la aplicación a tales supuestos no es como consecuencia del carácter imperativo del régimen legal de las mismas contenido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, y Disp. adic. 1ª LOE, sino en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes.

De conformidad con lo expuesto, en los supuestos incluidos en el art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, respondería al seguro de caución de origen legal, en los demás casos planteados respondería un supuesto de caución de origen contractual¹⁷⁴.

2. El concepto de cantidades anticipadas garantizadas por la Ley 57/1968, de 27 de julio

¹⁷⁴ Vid. BARRÉS BENLLOCH, M.P., *Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?*, Tecnos, Madrid, 1993, pág.s 12-13.

La cuestión que planteamos es la determinación de las cantidades que se encuentran bajo el régimen de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y por ende, resultan garantizadas.

Recordemos que el artículo primero de la referida Ley impone a las personas físicas o 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, (...)*”, la obligación de “*percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. (...)*”¹⁷⁵.

Por su parte, la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, dice: «1. *Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:*

Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro

¹⁷⁵ Vid. Artículo 1 apartado segundo Ley 57/1968, de 27 de julio.

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».

Y en la letra b) añade «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».

Es visto, que tanto el artículo 1 2º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, exigen que las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores sean ingresadas, necesariamente en una cuenta especial¹⁷⁶ a nombre del promotor, de modo que se mantenga una total independencia de cualquier otro tipo de fondos o depósitos que el promotor tuviera en la misma entidad¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Vid. GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas...”, op. cit. pág. 2, señala que se trata de una “cuenta 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”...

¹⁷⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, Mª C., “Garantías por cantidades...”, op cit., pág. 198.

De los fondos depositados en la cuenta especial únicamente podrá disponer el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas¹⁷⁸.

Lo que el legislador pretende con la implantación de dicha medida es poder identificar claramente en cada momento las cantidades que han sido entregadas de manera anticipada por los compradores de una promoción inmobiliaria, pues sólo esas cantidades podrán ser ingresadas en la referida cuenta especial. Junto a ello, es interés del legislador garantizar que dichos importes¹⁷⁹ no se confundan con otros ingresos titularidad del promotor¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Como destaca ESTRUCH ESTRUCH, J., en “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 123. Destaca el indicado autor que las entidades de crédito no comprueban que las cantidades anticipadas por los compradores 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.

¹⁷⁹ Como mantiene ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las (...)”, op cit., pág. 160: “la total separación patrimonial impuesta legalmente a los fondos ingresados en la cuenta especial es una importante medida de protección de los adquirentes”. Pone de manifiesto el referido autor que dicha separación de fondos produce una total transparencia de las cantidades ingresadas en la cuenta especial, sin que quepa confusión alguna respecto de las cantidades anticipadas por los compradores.

Véase también GARCÍA MEDINA, J., “*Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas...*”, op. cit. pág. 11, el autor destaca que la obligación legal consistente en la apertura de cuenta especial para cada promoción de viviendas persigue “añadir un esfuerzo de cariz higiénico-contable mediante la transparencia que reporta el hecho de la separación patrimonial de este depósito respecto de los demás bienes del promotor-vendedor”.

¹⁸⁰ Como pone de manifiesto 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 a distintas

cuentas especiales conjuntamente a todos o distrayendo los fondos destinados a una determinada promoción”.

Tal y como señala ESTRUCH ESTRUCH, J., en “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de viviendas en construcción...” op cit., en *ibidem*, pág. 272, la realidad demuestra que ninguna de las limitaciones impuestas por la el legislador respecto del ingreso de las cantidades anticipadas en una cuenta especial a nombre del promotor, para mantener la total separación con otros depósitos titularidad del mismo y que sean aplicadas exclusivamente a sufragar gastos de la concreta promoción, se cumplen. Tal y como destaca el profesor ESTRUCH, “ni las entidades de crédito exigen para la apertura de la cuenta especial que el promotor acredite haber otorgada, al menos, la póliza global de seguro que garantice la devolución de las cantidades entregadas más los intereses, ni aval bancario solidario, aun cuando sea con carácter genérico; 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 derivadas dicha cuenta se destinan de única y exclusivamente a satisfacer las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.” En idéntico sentido, véanse CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, op cit. pág. 65 y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 15.

Tal y como señalan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C., “Garantías por cantidades anticipadas...”, op. cit. pág.s 607, esta obligación de mantener una cuenta separada no constituye una garantía excesivamente consistente, por cuanto la cuenta separada no impide la mala gestión económica.

En relación con la no comprobación por parte de la entidad financiera de si la entidad financiera depositaria responde ante comprador cuando procedió a abrir la cuenta especial sin exigir al promotor que se hayan otorgado previamente las garantías exigidas por la Ley, o cuando el promotor procede a retirar fondos de la cuenta para fines distintos que atender la promoción, como ocurre en otros supuestos del ordenamiento jurídico en los que se establecen diversas limitaciones para la disposición, por ejemplo , de valores depositados en entidades de crédito CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, “Garantías por cantidades anticipadas...”, op. cit. pág.s 608, mantienen que del tenor de la ley resulta que esas exigencias constituyen compromisos legales y responsabilidades que asumen dichas entidades frente a sujetos bien determinados “que tienen derecho a confiar en que se cumplen las exigencias legales relativas a la cuenta, por lo que no hay ningún fundamento para excluir aquella responsabilidad”. Por su parte ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las (...)”, op cit., pág. 161 señala que a su juicio “estos

Tanto la entidad financiera como la cuenta especial deberán hacerse constar en el contrato¹⁸¹. La entidad financiera en cuestión no deberá abrir la cuenta sin que le sea aportada la garantía de restitución a la que se refiere en artículo 1.2 de la Ley 57/1968, de

requisitos de la cuenta especial, establecidos de modo imperativo en la Ley 57/1968, no obligan únicamente al promotor-vendedor, sino que también obligan y vinculan de igual modo a la entidad de crédito, como ocurre en otros supuestos del ordenamiento jurídico en los que se establecen diversas limitaciones para la disposición, por ejemplo, de valores mobiliarios depositados en entidades de crédito, de modo tal que la entidad de crédito no podrá autorizar la disposición de dichos valores sin controlar el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para ello (cfr. Art. 271 CC)”.

Coincidimos con la opinión de los referidos autores, de hecho, entendemos que el incumplimiento por parte del promotor de las exigencias (garantías) impuestas por la Ley 57/1968, en relación con el destino de las cantidades anticipadas por parte de los compradores; así como la responsabilidad que se infiere del tenor de la misma de las entidades de crédito depositarias de dichas cantidades, hace nacer una responsabilidad solidaria tanto del promotor como de las entidades de crédito respecto de los compradores. En ese sentido, destacamos la opinión de ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades (...)”, op cit., pág. 127. El mismo autor, en ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el Asimismo, vid GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas...”, op. cit. págs 6 y 11. El referido autor considera que, en realidad las garantías establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, para la protección de los adquirentes no sólo son la cuenta especial separada y finalista y el aval solidario o seguro de caución garantizadores de la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente, sino que, el legislador ha contemplado como tercera garantía “la responsabilidad subsidiaria de la entidad de crédito depositaria”.

¹⁸¹ Como señalan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C., “Garantías por cantidades anticipadas...”, op. cit. págs 607, a pesar de la terminología legal, y de la propia *praxis* aseguradora, que pretenden convertir el ingreso en cuenta especial en elemento necesario del supuesto de hecho de la garantía “el Tribunal Supremo ha mantenido en consonancia y acierto que el ingreso es un deber del vendedor, no de los compradores, quienes cumplen con anticipar las cantidades en la forma exigida por éste, sin que el asegurador le pueda oponer aquella circunstancia como una excepción al pago [SSTS 7 de junio 1983 (RJ 1983,3450), 22 de octubre 1985 (RJ 1985,4961); 23 marzo 1990 (RJ 1990, 1720); 22 septiembre 1997 (RJ 1997, 6410); SAP Valencia, 17 abril 1998 (AC 1998, 4642)].

27 de julio, y el artículo 112.2ª Decreto 2114/1968. Además, la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, deberá comprobar en el momento de la apertura de la cuenta especial que el promotor-vendedor ha otorgado las correspondientes garantías legales para asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores y que van a ingresar en esta cuenta especial.

La falta de ingreso en la cuenta especial de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores al promotor ha pretendido ser utilizada por las compañías aseguradoras como excepción al pago de la indemnización del seguro de garantía de la devolución de las cantidades anticipadas¹⁸². Es lo cierto que la jurisprudencia ha venido rechazando tal excepción¹⁸³, por cuanto entiende que la falta de ingreso de las cantidades anticipadas por los compradores, constituye una obligación personal que el asegurador no puede oponer al asegurado (el comprador que entregó cantidades a cuenta).

Con anterioridad a la regulación a nivel autonómico de la protección del consumidor en la compra de viviendas, era habitual en el ámbito de la contratación inmobiliaria la entrega de cantidades

¹⁸² Así las compañías aseguradoras han intentado fundamentar su negativa al pago en lo dispuesto en la Orden d 29 de noviembre de 1968, sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas.

¹⁸³ Véanse ESTRUCH ESTRUCH, J. “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 139; CARRASCO PERERA, A., “La percepción de cantidades (...)”, op. cit. pág.s 535 y 551; GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas...”, op. cit. pág.s 14 y siguientes; MARÍN LÓPEZ, J., “Comentario a la STS de 20 de diciembre de 1998”, CCJC, 1999, núm. 50, pág. 753.

a cuenta a la firma del denominado precontrato o contrato de reserva, cuando aún ni siquiera el constructor había procedido a la apertura de la correspondiente cuenta especial a tal efecto¹⁸⁴.

Cabe plantear si sólo aquellas cantidades que son ingresadas conforme al procedimiento legalmente establecido en la cuenta especial a la que se refiere el art. 1.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, durante el período de vigencia de la correspondiente póliza de seguro resultan garantizadas; o si también aquellas que el promotor declare en documento privado recibidas tanto con anterioridad como con posterioridad al aseguramiento de las mismas, aun cuando no exista constancia contable del correspondiente asiento en la cuenta especial existente a tal efecto y que por tanto, no se perciben a través de la correspondiente cuenta especial.

Desde el punto de vista legal, la Ley 57/1968, de 27 de julio, no es precisa en cuanto a la determinación del momento en el que deban estar constituidas dichas garantías¹⁸⁵. Tampoco el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre la protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, obliga a la inclusión de las concretas

¹⁸⁴ Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op cit. pág. 6.

¹⁸⁵ El art. 5 de la misma por lo que a la fase precontractual y a la publicidad se refiere únicamente establece que el promotor ha de hacer constar que ajusta su actuación y cumplimiento a los requisitos establecidos en la misma y sólo a la celebración del contrato (art. 2 in fine) deben estar vigentes dichas garantías.

garantías, salvo para el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada¹⁸⁶.

Ha sido a nivel autonómico cuando se ha establecido la obligación de constitución de dichas garantías con carácter previo a la fase construcción e incluso de promoción¹⁸⁷.

Distinguiremos dos situaciones posibles¹⁸⁸: en primer lugar, las cantidades entregadas por el adquirente antes de la apertura de la cuenta especial y cuya devolución no se encuentra garantizada ni por aval solidario ni por suscripción del correspondiente seguro de caución¹⁸⁹. Y en segundo lugar, aquellas que se perciben una vez

¹⁸⁶ El artículo 7 del RD 515/1989, de 21 de abril, obliga a la inclusión de las concretas garantías suscritas únicamente *«en el caso en el 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»*.

¹⁸⁷ Así, en los denominados Documentos de Información Abreviada (DIA), regulados por el Decreto 218/2005, de 11 de octubre de las CCAA de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento de la información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda en Andalucía (BOJA núm. 217, de 7 de noviembre de 2005) o en el art. 63 y 64 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho de la vivienda a la que nos hemos referido anteriormente, 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.

¹⁸⁸ Siguiendo en este punto a DIÉGUEZ OLIVA, R., “El concepto de “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op cit., pág. 7.

¹⁸⁹ La profesora DIÉGUEZ OLIVA en DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op cit., pág. 7, aclara que se trata especialmente de aquellas que en el argot comercial reciben la denominación de señal o «reserva» en los denominados «precontratos inmobiliarios». Esto es, aquellas cantidades que se perciben una vez abierta la cuenta especial pero o bien no son ingresadas en la misma, o se produce una discordancia contable entre la cantidad entregada y a asegurada.

abierta la cuenta especial pero o bien no son ingresadas en la misma, o se produce una discordancia contable entre la cantidad entregada y la asegurada.

Por lo que se refiere al primero de los supuestos enunciados, tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, en los últimos veinte años, la falta de obligatoriedad de la constitución de las garantías en la fase de promoción al amparo del RD 515/1989 y del art. 5 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, combinado con ese pretendido carácter no contractual de los «*contrato de reserva*», «*contrato de arras*», «*documento de reserva*», «*orden de reserva*»¹⁹⁰, ha generado muchos pretendidos abusos por parte de promotores.

¹⁹⁰ Bajo dichas denominaciones se encuadran aquellos documentos privados, por regla general, pre redactados por la promotora o constructora, mediante los cuales el predisponente, antes de iniciar las obras de ejecución de un determinado inmueble o conjunto inmobiliario, o una vez ya iniciadas pero antes de la finalización de las mismas, se compromete generalmente frente a un consumidor a la venta de una vivienda, cuya descripción así como fijación del precio de la misma se procede en el dicho documento.

Dicha operación comercial se acompaña por regla general de la entrega de cierta suma de dinero por parte del consumidor (a la que también se denomina «*reserva*»). Una de las notas caracterizadoras del precontrato inmobiliario, en la práctica, es precisamente la ausencia de una completa y exhaustiva reglamentación contractual, “como si la parquedad de los datos suministrados en el mismo (por lo general, únicamente descripción somera de la vivienda, fijación del precio y de la cantidad entregada en concepto de señal, fechas aproximadas de entrega de la vivienda, etc.) restara fuerza vinculante al documento firmado por el consumidor, intentado obviar la naturaleza compleja del *iter* negocial de formación sucesiva que caracteriza al denominado precontrato”. Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria” en Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico (...), op cit., pág.s 7 y 8.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden en que «el precontrato [...] es el final de los tratos preliminares, no una fase de ellos» (STS de 3 de junio de 1998¹⁹¹).

La figura del precontrato permite instrumentar las necesidades y pretensiones de ambas partes contratantes, esa función en ningún caso desvirtúa la necesaria protección a los consumidores a nivel publicitario o informativo, ni financiero.

Es por ello que, cuando surge la obligación de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, en dicho concepto deben entenderse incluidas como señala la jurisprudencia (SSTS de 22 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6410] ; de 30 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9983] , de 8 de marzo de 2001 [RJ 2001, 2731]); no sólo las cantidades ingresadas en cuenta especial debidamente garantizadas mediante aval o seguro de caución, sino también las que se declaren recibidas y entregadas mediante documento privado, aun cuando tanto en el contrato de seguro como en el correspondiente aval se excluya la cobertura con relación a aquellas que no sean ingresadas en la cuenta especial.

En cambio, en la regulación establecida por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, Uno a), se concreta el momento desde el que el promotor está obligado al otorgamiento de garantía, esto es «(...) desde la obtención de la licencia de

¹⁹¹ RJ 1998\3715.

edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales (...)». Desde nuestro punto de vista esta modificación introducida por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, resulta perjudicial para el adquirente, por cuanto difiere el otorgamiento de garantías a la concesión de licencia, cuya concesión, desde luego, no está garantizada (Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio Uno a).

Por su parte, el apartado b) del mismo precepto, *in fine*, establece que *«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»*.

Resulta meridiano que si se condiciona en la disposición anterior (apartado a), la exigencia de otorgamiento de garantías a la concesión de la licencia; y por otra parte, si se establece en el apartado b) que, bajo su responsabilidad, la entidad de crédito en la que se abra la cuenta especial para depositar los anticipos a cuenta del precio, *«exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior»*: se está poniendo trabas a la efectiva protección del adquirente. Es visto que la posición del adquirente queda muy desprotegida, cuando se está condicionando la obligatoriedad de otorgamiento de garantías a la efectiva concesión de licencia, que resulta un dato totalmente indeterminado *a priori*.

2.1. Del ingreso de cantidades anticipadas por medio de efectos cambiarios

Con la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁹², se incluye la mención explícita al pago mediante efectos cambiarios, considerando estos títulos valores como pago adelantado en el sentido de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a pesar de que el vencimiento de los efectos sea posterior al momento en que se debe cumplir la obligación de entrega, y al momento en que el adquirente resuelve, exigiendo la restitución de las cantidades pagadas¹⁹³.

Véase que la Ley 57/1968, de 27 de julio, no se refería de modo expreso a la entrega de efectos cambiarios, y siendo que en realidad, hasta que no se produzca el vencimiento de la letra de cambio, el

¹⁹² Se establece en la Disposición adicional primera Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que: «*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 la referida Ley».

¹⁹³ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASO, M^a C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op cit., pág. 608. Señalan los autores referidos en la citada obra, que antes era frecuente (aunque ya no lo es), que el anticipo se instrumentara por medio de letras de cambio, apareciendo el cesionario como aceptante de las letras de cambio giradas por el promotor y descontadas por el banco. Así las cosas se desconocerá el destino de los fondos, pues tan solo aparece una anotación en la cuenta “especial” de los distintos efectos cambiarios. De este modo, señalan los repetidos autores, es imposible que se pueda cumplir por parte del aceptante con la obligación de hacer el pago en una cuenta especial, por cuanto en todo caso, lo que se habrá ingresado en esa cuenta es el descuento pagado por el banco tenedor de la letra. En similares términos se pronuncia el profesor ESTRUCH (Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., pág. 211). Véase también MARÍN LÓPEZ. J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998, CCJC, 1999, núm., 50, pág.s 765 y 766.

comprador no debe pagar a su tenedor legítimo la cantidad representada por la letra. Podría generarse alguna duda acerca de si las garantías que obliga la Ley a otorgar debían cubrir o no también la devolución de las cantidades de dinero que, en realidad, no se entregaron en el momento de la firma del contrato de manera efectiva, pero a cuya entrega quedó comprometido el comprador de manera irrevocable y abstracta mediante la aceptación de la letra de cambio¹⁹⁴.

Tampoco encontramos mención expresa a la posibilidad de pago de las entregas a cuenta del total precio mediante efectos cambiarios en la regulación introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Por lo que se refiere a los concretos efectos cambiarios que se pueden utilizar a los efectos de cumplir con los anticipos a cuenta del precio, debemos tener en cuenta que, si el efecto cambiario es un cheque, éste se libra siempre contra un banco (tal y como se establece

¹⁹⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A., “Percepción de las cantidades...”, op cit., pág. 533. Indica el citado autor que a equiparación de la entrega de cantidades (o pago de la obligación pecuniaria) a la entrega de efectos cambiarios ya aparece en términos precisos en el artículo 1170 Código Civil. Sin embargo, como señala el mismo autor, sí que es importante la mención a los efectos cambiarios que realiza la LOE para el caso de que el vencimiento de estos efectos fuera posterior al momento en que se produce el supuesto de hecho que permite ejecutar las garantías, en cuyo caso, aunque las letras no hubieran vencido «aún 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 CC, que por ello nada hay que devolver». Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J. “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág.s 211 y 212.

en el artículo 108 LCCH). El cheque podrá cruzarse, en ese caso sólo podrá pagarse a un banco o cliente de un banco mediante una anotación en cuenta (ex artículo 144 LCCH)¹⁹⁵.

Si entendemos que las garantías exigidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como por la Disposición adicional primera de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no alcanzan también la devolución de estas cantidades representadas mediante efectos cambiarios, el comprador podría resultar seriamente perjudicado en el caso de que la vivienda comprada no se llegara a construir o a entregarse al adquirente, y ello por cuanto a pesar de lo anterior, el promotor-vendedor que fue el tomador de la letra, la podría haber descontado ya (lo que suele ocurrir con frecuencia), y dado que al producirse el endoso el título adquiere carácter abstracto, el comprador no podrá oponer al endosatario-descontatario que no hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del deudor cambiario (comprador-aceptante de la letra) ninguna excepción basada en relaciones personales que el comprador mantenía frente al promotor-vendedor que incumplió el contrato de compraventa. El comprador-aceptante de la letra (aun cuando no se le haya entregado la vivienda comprometida) deberá pagar la letra a la persona endosatario, legítima tenedora actual de la letra, y

¹⁹⁵ Qué tipo de cuenta sea aquella en la que se haga la anotación “sigue sin ser de incumbencia del librador del cheque. Igual ocurre con la indicación de «abono en cuenta» del artículo 145 LCCH”. Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASO, M^a C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op cit., pág. 608.

posteriormente, reclamar dicha cantidad del promotor-vendedor que incumplió el contrato de compraventa¹⁹⁶.

Si se entendiera que no es necesario garantizar la devolución de las cantidades representadas por las letras de cambio aceptadas por los compradores, «sería muy fácil burlar la protección que la Ley 57/1968, de 27 de julio, pretende otorgar a los consumidores de vivienda»¹⁹⁷. Lo mismo cabe predicar de la regulación establecida por

¹⁹⁶ Y ello, por cuanto tal y como señala el artículo 20 LCCh: «*El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor*».

Y por su parte, el artículo 67 LCCh establece que: «*El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor*».

El demandado cambiario podrá oponer, además, las excepciones siguientes:

- 1.ª La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.*
- 2.ª La falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias de la letra de cambio, conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- 3.ª La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.*

Frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo».

Cfr. Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J. “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 212.

¹⁹⁷ Vid. CABANILLA SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador...”, op cit., pág. 30, refiriéndose a las letras de cambio que se acepta en el momento del otorgamiento de contrato de compraventa, «es posible que el vendedor llegue a estado de insolvencia, no se construya –se devuelva o no lo percibido- y, sin embargo, tengan que continuar pagándose sus vencimientos, es decir, que puede darse el supuesto catastrófico de perder lo entregado, no obtener la vivienda, y aún tener que pagar aquellas letras que todavía tienen vencimiento futuro, ¿puede haber más? La razón legal es que en nuestro Derecho mercantil la relación cambiaria es causal mientras que el tenedor de la letra es el propio librador, pero deja de serlo y adquiere carácter abstracto desde que adquiere derecho al cobro un tercero tenedor o endosatario, con lo cual la acción ejecutiva en base a la letra

la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

II. CONTRATOS U OPERACIONES SUJETAS A LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, Y DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, SEGÚN REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO

El artículo 1 Ley 57/1968¹⁹⁸, de 27 de julio, indica que están sometidos a las garantías previstas en la norma los «contratos de cesión de viviendas», ahora bien, es lo cierto que el legislador no

protestada no puede oponer el aceptante la excepción causal de incumplimiento del contrato, salvo que el endoso se pruebe que se ha realizado en perjuicio del librado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo». Es por ello por lo que, según entiende el profesor ESTRUCH, en ESTRUCH ESTRUCH, J. “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 213, antes de la entrada en vigor de la LOE que estableció de manera expresa la necesidad de garantizar también las cantidades entregadas por los compradores mediante efectos cambiarios, la jurisprudencia ya consideró que quedara igualmente garantizada la devolución de estas cantidades no entregadas efectivamente en el momento de la firma del contrato privado, pero representadas mediante la entrega al promotor-vendedor de efectos cambiarios aceptados por los compradores. En ese sentido cita como representativas las siguientes resoluciones: sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de septiembre de 1994 –AC 1994, 1604- y la sentencias del Tribunal Supremo de fecha 22 de septiembre de 1997 –RJ1997, 6410-. Respecto de esta última sentencia, vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, op cit., pág.s 59 y siguientes. Vid también la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de diciembre de 1998 –RJ 1998, 9983-, y el comentario al aseguramiento de las letras de cambio de MARÍN LÓPEZ, J., J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op cit., pág. 766.

¹⁹⁸ Seguiremos en este punto la sistemática propuesta por el profesor ESTRUCH ESTRUCH, J. “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág.s 69 a 114.

pretende utilizar el estricto término jurídico, de hecho persigue todo lo contrario, esto es, utilizar un término lo suficientemente amplio y vago para que puedan ser incluidos en el ámbito de aplicación de la norma todos los negocios jurídicos cuya finalidad última sea la de proporcionar vivienda a uno de los contratantes, siempre que dichos negocios se celebren antes o durante la construcción de las viviendas, y se exija al futuro adquirente la entrega de cantidades anticipadas.

Todo ello, además, con independencia, en primer lugar, de la denominación que entre las partes pueda recibir el negocio jurídico ¹⁹⁹ (contrato de reserva, precontrato, contrato de compromiso, etc.) y en segundo lugar, del concepto en virtud del cual se haga entrega de dichas cantidades²⁰⁰ (arras, señal, reserva, entrega a cuenta, etc.).

¹⁹⁹ Vid. ESTRUCH ESTRCH, J., “Las garantías de las cantidades (...)”, op cit., pág. 69. En el mismo sentido véanse CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador...”, op cit., págs 14 y 15 y CARRASCO PERERA, A., “Percepción de las cantidades...”, op cit., pág. 542. Por su parte, en el ámbito de la legislación autonómica vid. artículo 23.7 de la Ley 2/2007 de La Rioja, de 1 de marzo, de vivienda que dice: «Las normas legales sobre garantía de devolución de cantidades anticipadas serán de aplicación, siempre que concurren los presupuestos previstos en las mismas, a todos los negocios jurídicos, cualquiera que sea la denominación que las partes les diera, en que se transmita a título oneroso una vivienda en proyecto o en construcción cuando el adquirente haya hecho entrega de anticipos dinerarios a cuenta de su contraprestación, incluidas las cantidades entregadas por cooperativistas y comuneros para la adquisición del suelo y la construcción de las viviendas».

²⁰⁰ Véanse ESTRUCH ESTRCH, J., “Las garantías de las cantidades (...)”, op cit., pág. 69 Y 70; SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. y GARRIDO DE PALMA, V. M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas...”, op cit., pág. 91.

En el ámbito de la legislación autonómica, destáquese el artículo 50.2.e) de la Ley 18/2007 de Cataluña, de Derecho de la Vivienda, de 28 de diciembre de

De este modo, la Ley 57/1968, de 27 de julio, se aplicará a todo tipo de negocios jurídicos en virtud de los cuales una persona pretenda adquirir una vivienda durante la construcción de la misma o antes de iniciarse ésta y tenga que entregar cantidades a cuenta.

Por su parte, la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no hace referencia expresa alguna al tipo de contrato u operación que queda protegida por dicha regulación. Aunque podemos deducir que, siendo que emplea constantemente la denominación “adquirentes” para identificar al sujeto que es objeto de protección por esta normativa, resulta evidente que esta norma está protegiendo la adquisición de viviendas.

La forma que revista dicha adquisición parece indiferente, por lo que entendemos que resulta plenamente aplicable al régimen establecido por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según

2007, que establece la obligación del promotor de « Son obligaciones de los promotores de viviendas:

e) Suscribir una póliza de seguro o un aval que garantice la devolución de las cantidades recibidas a cuenta del precio total convenido, ya sean calificadas con el nombre de arras, señal o reserva o con cualquier otra denominación, en el caso de que se incumpla la obligación de entregar la vivienda en las condiciones pactadas; en el caso de que las obras no comiencen o finalicen, sea por la causa que sea, en el plazo convenido; en el caso de que no se obtenga la cédula de habitabilidad; en el caso de que se haya producido una doble venta, o en el caso de que la vivienda se haya transmitido a terceros protegidos por la publicidad registral».

redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, todo lo dicho respecto de la Ley 57/1968²⁰¹.

Es visto que en ambas regulaciones se exige que queden garantizadas todas las cantidades de dinero cuya entrega se exija al futuro adquirente de vivienda, es por ello que también deberá asegurarse la devolución de las cantidades que correspondan al pago del IVA de la compra de la vivienda²⁰².

²⁰¹ El único precepto incluido en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, apartado Dos letra c) que establece que «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». Se identifican por tanto de manera expresa el contrato de compraventa, el contrato de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente.

²⁰² Vid. sentencia Audiencia Provincial de Alicante de 16 de noviembre de 2006 - JUR 2007\227005-, que establece en su Fundamento de Derecho Cuarto, que: «Del tenor literal se desprende con claridad que tanto los intereses legales como la cláusula penal se aplican sobre las cantidades entregadas sin efectuar distinción alguna, por lo que no cabe **excluir** las sumas entregadas en concepto de IVA. Ese es el mismo criterio empleado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, modificada por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, donde se expresa que las "la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución." Quiere decirse con ello 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».

Entendemos que la doctrina sentada en esta resolución resulta plenamente

Analizaremos a continuación algunos de los supuestos contractuales más comunes en relación con la adquisición de viviendas con anticipos a cuenta del total precio.

1. Contrato de compraventa de viviendas en construcción y compraventa de viviendas sobre plano

Como se ha señalado en el apartado 1 de este capítulo, la Ley 57/1968, de 27 de julio, se aplicará a todo tipo de negocios jurídicos en virtud de los cuales una persona pretenda adquirir una vivienda durante la construcción de la misma o antes de iniciarse ésta y tenga que entregar cantidades a cuenta.

El negocio jurídico más típico que obedece a estos parámetros es la compraventa, y precisamente es en el ámbito de la compraventa en el que estaba pensando el legislador a la hora de instrumentar las garantías de devolución de cantidades anticipadas por el adquirente, si bien el artículo 1 Ley 57/1968, de 27 de julio, indica que están sometidos a las garantías previstas en la norma los «contratos de cesión de viviendas». Esto es, un término lo suficientemente amplio y vago para que puedan ser incluidos en el ámbito de aplicación de la norma todos los negocios jurídicos cuya finalidad última sea la de proporcionar vivienda a uno de los contratantes.

aplicable a la regulación contenida en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

El contrato de compraventa de viviendas en construcción es un contrato de compraventa regulado en el artículo 1445 Código Civil, en el que el vendedor (promotor inmobiliario) se obliga a entregar al comprador una vivienda terminada a cambio de un precio cierto, pero el objeto de este contrato de compraventa en el momento de contraerse la obligación es un objeto futuro, pues la vivienda debe aún ser construida, ejecutada y promovida por el propio vendedor.

Se trata de una relación contractual con objeto futuro, pero no un objeto futuro indefinido amparado en el artículo 1271 Código Civil, ya que del artículo 1091 Código Civil se desprende que los contratos han de cumplirse a tenor de lo pactado y la compraventa de viviendas en construcción no es exactamente una compraventa de cosa futura incierta en los términos del artículo 1271 Código Civil, sino de una cosa futura determinada, por lo que siempre el vendedor-promotor ha de construir y entregar aquello a lo que se ha obligado y en las condiciones convenidas, con respecto a lo pactado en el contrato²⁰³.

Destacamos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 30 octubre 1989 -RJ 1989\6976-, que desarrolla la figura de la compraventa de cosa futura (en su modalidad de *«emptio rei speratae»*) y destaca: “... la compraventa de cosa futura (en su modalidad de

²⁰³ VIDA CARRIÓN, C., “Aspectos jurídicos del contrato de compraventa sobre plano y efectos del incumplimiento por parte del vendedor”, Boletín de Legislación núm. 454, Madrid, 2006.

«*emptio rei speratae*»), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada «*emptio spei*», que es contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega, por lo que, así como no hay inconveniente legal ni jurisprudencial -Sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 1967 (RJ 1967\735), 3 de junio de 1970 (RJ 1970\2790), entre otras- en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado, no puede, en cambio, corresponder tal calificación de venta de cosa inmueble futura a aquella relación contractual en la que, actuando el comprador con el mismo designio antes expresado de adquirir una vivienda ya terminada, aunque al celebrar el contrato se halle todavía en fase de construcción, el vendedor se exime en absoluto de su obligación de entrega y se desliga de todo lo atinente a su terminación²⁰⁴».

²⁰⁴ Entre los autores que califican la venta de vivienda sobre plano o en construcción como un supuesto de «*emptio rei speratae*», véanse ESTRUCH

La Jurisprudencia destaca que este tipo de contrato tiene por objeto²⁰⁵ -una vivienda- considerando que debe de tratarse de un espacio construido habitable y seguro, para servir adecuada y dignamente de morada a sus habitantes, por lo que la obligación de entrega implica que “la cosa que se vende esté perfectamente determinada e integrada con todos sus elementos necesarios para la utilidad y función con que se adquiere y ello, por tanto, el estado físico como jurídico ha de ser conforme y coincidente con lo que se tuvo en cuenta al prestar el necesario consentimiento para otorgar el contrato de compra”. También señala la citada Sentencia que “la

ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 70, mantiene el profesor ESTRUCH ESTRUCH: “El contrato de vivienda futura constituye un supuesto de *emptio rei speratae*. Es decir, se trataría de un contrato conmutativo y no aleatorio (como la denominada *emptio spei*), y como contrato conmutativo, es imprescindible que el vendedor asuma en firme y de modo definitivo la obligación de entregar al comprador la cosa vendida (la vivienda) cuando ésta cobre existencia y, además, presupone la obligación del vendedor de realizar cuantos actos sean necesarios para que dicha existencia llegue a alcanzarse”. MONDÉJAR PEÑA, M. I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, RJUAM, n° 16, 2007-II, pág. 210; GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta...”, op cit., pág. 4; DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas”, op cit., págs 462 y 463.

Por su parte, véase la opinión de GARCÍA-ARANGO y DÍAZ – SAAVEDRA, C., que matiza la opinión antes citada en *Ibidem* “La situación de pre horizontalidad...”, op cit., pág. 939. Este autor pone de manifiesto que debe superarse “la concepción clásica según la cual la compra de pisos en construcción es una típica compraventa de cosa futura (que carece de existencia actual y sobre la que es imposible articular una titularidad real del comprador)”. Con este planteamiento se pretende posibilitar el acceso al Registro de la Propiedad del derecho del comprador de vivienda todavía en construcción. Tal acceso se debería producir, según la tesis que defiende el autor y tras las pertinentes modificaciones legislativas, sobretudo el artículo 42 Ley Hipotecaria, a través de una especie de asiento provisional similar a las anotaciones preventivas. Asimismo Cfr. *Ibidem*, “La situación de pre horizontalidad...”, op cit., pág. 946.

²⁰⁵ STS de 26 mayo 1994 - Roj: STS 4085/1994 -.

especialidad de la venta de viviendas de nueva construcción impone la mayor lealtad de los vendedores”.

Por su parte, la compraventa de vivienda sobre plano, supone la adquisición de un inmueble realizada sobre las definiciones gráficas (planos) y/o memoria de calidades y sin que dicho producto se haya construido aún. Cuando se adquiere una vivienda por compra sobre plano, ésta se construirá según las prescripciones establecidas por el arquitecto en el proyecto de ejecución correspondiente. Así pues, coincide con la anterior modalidad contractual en que la vivienda debe aún ser construida, ejecutada y promovida por el propio vendedor y, en que se trata de un contrato con objeto futuro, en los términos referidos al tratar de la figura del contrato de compraventa de viviendas en construcción.

El promotor por su parte, se obliga a proporcionar al comprador determinada información. Así: los datos de inscripción de la empresa constructora en el Registro Mercantil; los planos generales y detallados de la vivienda; las instrucciones sobre el uso y conservación de las instalaciones; memoria de las calidades de construcción de la vivienda; el precio total y la forma de pago de la vivienda a comprar.

En relación con esta modalidad de contrato, adviértase que tiene especial importancia la publicidad que se le entregue al comprador sobre viviendas de nueva construcción "sobre plano". Y ello, por cuanto que dicha publicidad tiene valor contractual, dado

que la empresa está obligada a cumplir todo lo que publicite en anuncios y folletos de la promoción.

Por otra parte, no existe obstáculo alguno para que las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, se apliquen a supuestos en los que no se adquiriera la propiedad de la vivienda sino un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de los regulados en la Ley 42/1998, de 14 de diciembre, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias²⁰⁶.

2. Contrato de permuta de solar por obra futura

Por lo que se refiere a la contratación inmobiliaria predominante en los años 60, el llamado “boom inmobiliario” que se produjo, afectó de forma notable a las pretensiones negociales del ciudadano particular, que se aventuraba cada vez con mayor frecuencia, a crear nuevas modalidades contractuales que no tienen cabida entre las tipificadas en el Código Civil²⁰⁷.

Así resurge la figura del contrato de permuta de solar por obra, como contrato atípico.

²⁰⁶ Los artículos 4 y 5 de la citada Ley establecen la exigencia de que se constituya aval bancario o un seguro de caución que garantice la devolución de las cantidades entregadas a cuenta para la adquisición del derecho, actualizadas con arreglo al índice de precios al consumo, si la obra no ha sido finalizada en la fecha fijada o no se ha incorporado el mobiliario comprometido, y el adquirente decidiera resolver el contrato.

²⁰⁷ SERRANO CHAMORRO, M. E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 49.

La necesidad de encontrar una regulación adecuada y específica de la figura de la permuta de solar por obra, la pone de manifiesto el I Simposio sobre la propiedad horizontal organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la zona de Levante, celebrado en Valencia en octubre de 1972²⁰⁸.

En la práctica la relación se entabla entre los siguientes sujetos: un sujeto (propietario del solar) que carece de medios económicos para emprender la construcción; por otra parte la figura del contratista, que dispone de elementos y organización para llevar adelante la obra, pero sin capital para adquirir el solar; por último estarían las personas que desean adquirir un piso en condiciones más accesibles que la compra directa.

Otra circunstancia que da lugar a la aparición del contrato de permuta de solar por obra es que el propietario del solar se niega o

²⁰⁸ Entre las conclusiones alcanzadas en dicho Simposio se advierte lo siguiente: "... así ocurre en los cambios de suelo por vuelo, en los que el primitivo dueño del solar –que ya es sólo futuro propietario de los pisos o locales que constituyen la prestación que le es debida- no debe seguir figurando como aparente constructor y dueño de la totalidad del edificio que se está construyendo, ni, a la inversa, el constructor que adquirió el solar- a cambio de entregar los futuros pisos ya construidos- no debe aparecer tampoco, ni aun transitoriamente, como titular pleno de la totalidad del inmueble, sin ninguna limitación ni obligación auténticamente especificada. Por lo que la comisión sostiene la necesidad de arbitrar fórmulas simples y eficaces para que el contrato de cambio o permuta de solar por futuros pisos construidos quede fehacientemente reflejado en todas sus etapas, garantizando por igual los intereses del primitivo propietario del suelo y los del constructor del edificio, considerando que la constitución entre ambos de una comunidad de autopromotores es tan solo un remedio parcial que, además, no coincide con la realidad, resultando imprescindible la eliminación de los actuales obstáculos administrativos y fiscales que impiden que esta forma de construcción encuentre una formulación jurídica justa, verdadera y completa”.

es reacio a venderlo, pero puede estar dispuesto a que un extraño lo edifique y adquiera la propiedad de parte de esa construcción, a cambio de que se le entregue, como prestación, parte del edificio a construir.

Esta circunstancia se presenta habitualmente en supuestos en que el solar ha sido heredado o en los que el propietario tiene especial apego a dicho solar. La fórmula del contrato de permuta de solar por obra, parece una solución adecuada: el propietario del suelo, lo cede al contratista, el cual no paga el precio en dinero, sino que se obliga a adjudicar una o varias de las viviendas o locales comerciales que se compromete a construir en el local cedido, y a su vez, vende los pisos, aún sin construir a terceras personas.

El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se reforma el Reglamento Hipotecario ²⁰⁹, introduce una única referencia expresa en nuestro ordenamiento jurídico a la cesión del suelo por obra. En la Exposición de Motivos del indicado Real Decreto y en relación con el contrato de permuta de suelo por obra futura, dice que pese a su importancia económica y su frecuente utilización, no había sido regulado hasta ahora por el Reglamento Hipotecario; tal regulación se hace con carácter dispositivo, es decir, admitiendo que los contratos puedan configurar con otro alcance, incluso puramente obligacional, los derechos y obligaciones derivados del contrato.

²⁰⁹ Boletín Oficial del Estado, núm. 233 de 29 de septiembre de 1998.

Destáquese que la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 ha anulado parcialmente la redacción del artículo 13 del Reglamento Hipotecario ²¹⁰ introducida por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre²¹¹. Así las cosas, se ha modificado el tenor literal del referido artículo, según las consideraciones destacadas²¹².

²¹⁰ BOE núm. 106 de 16/04/1947.

²¹¹ Destáquese el fundamento de Derecho Duodécimo de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001: “En definitiva, el artículo 13 del Reglamento Hipotecario con sus tres primeros párrafos altera el régimen legal de adquisición de la propiedad, consagrado por el artículo 609 del Código Civil, al convertirlo en disponible por los contratantes a pesar de su naturaleza imperativa y, al mismo tiempo, establece el contenido de los derechos y obligaciones de una singular figura contractual, con lo que se excede de las posibilidades de una norma de rango reglamentario, cuyo limitado alcance no le permite ordenar el sistema de adquirir el dominio ni la configuración de los contratos.

Ni el significado de la *«traditio ficta»*, recogido en los artículos 1462 y 1463 del Código Civil, ni el invocado carácter meramente obligacional del contrato salvan a estos preceptos impugnados de la tacha de ilegalidad, pues esas formas espiritualistas presuponen siempre la realidad de la cosa, que en el caso regulado por ellos no existe al no pasar la edificación de un mero proyecto, y la naturaleza que al contrato confiere la norma impugnada es real y no obligacional, en contra de lo aducido por el Colegio demandado para rescatarla del reproche de ilegalidad, como lo demuestra el párrafo cuarto del propio artículo 13, al contraponer la previsión de los tres primeros a la que en él se contempla, de contenido puramente obligacional, con cabida en el sistema de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, y que, por tanto, no es objeto de censura alguna.

La pretendida finalidad de proteger al cedente no es razón justificativa para alterar por vía reglamentaria nuestro sistema legal del título y el modo para la adquisición de la propiedad cuando, además, existen garantías reales para lograr la protección del cedente en los contratos de cesión de suelo por obra de carácter meramente obligacional, como lo demuestra el último apartado del artículo que comentamos, al prever la inscripción de la condición resolutoria u otra garantía real.”

²¹² Quedando el texto del referido artículo del siguiente modo: “El régimen previsto en este artículo no será aplicable cuando los contratantes hayan configurado la contraprestación a la cesión de forma distinta a lo contemplado

2.1. La aplicación de la ley 57/1968, de 27 de julio, al contrato de permuta de cesión de solar por obra y por analogía a la regulación contenida en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015

El contrato de permuta de cesión de solar por obra ha sido calificado por la jurisprudencia como “contrato atípico «*do ut des*» de entrega de solar para construcción de un edificio a cambio de los locales y vivienda (en su caso) que se especifican y que la jurisprudencia considera no encajable en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil, aunque pueda asimilarse a la permuta con prestación subordinada de obra subsumible por analogía en el artículo 1538 del Código Civil”²¹³.

El cedente (dueño del solar), aunque con la escritura de permuta transmite la propiedad del solar, al menos en el Registro de la Propiedad aparecerá como titular registral de determinadas unidades de obra, aunque estas unidades no se encuentren todavía

en el párrafo primero o como meramente obligacional. En este caso se expresará de forma escueta en el cuerpo del asiento que la contraprestación a la cesión es la obra futura, pero sin detallar ésta. En el acta de inscripción y en la nota al pie del documento se hará constar que el derecho a la obra futura no es objeto de inscripción.

No obstante, si se hubiera garantizado la contraprestación con condición resolutoria u otra garantía real, se inscribirán estas garantías conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria”.

²¹³ Definición extraída de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de noviembre de 1994 –RJ 1994, 8537-. Se puede encontrar una amplísima recopilación de jurisprudencia en SERRANO CHAMORRO, M^a. E., “Cambio de solar por edificación futura”, Aranzadi, Pamplona, 2^a edición, 1999, pág.s 149 y siguientes.

construidas. Si el cedente ha sido precavido, habrá otorgado garantías²¹⁴ independientes como puedan ser un aval bancario o seguro de caución²¹⁵. En tal caso, no será necesario que se apliquen las garantías establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, ni en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, a los supuestos de contrato de permuta de solar por obra futura²¹⁶.

²¹⁴ En cuanto a las posibles formas de garantía vid. SERRANO CHAMORRO, “Cambio de solar por edificación futura”, Aranzadi, Pamplona, 2ª edición, 1999, págs. 425 y siguientes.

²¹⁵ En ese sentido véase CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, E., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op cit, pág. 292.

²¹⁶ Y ello, opina el profesor ESTRUCH en ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 77, “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 de solar como destinatario final de las mismas”.

Es lo cierto que la jurisprudencia ha negado la cualidad de promotor al permutante del solar, que sin asumir ningún riesgo empresarial, y sin participar en el beneficio que la construcción pueda generar, sencillamente permutó un solar de su propiedad por alguno o algunos de los elementos de obra (privativos) que en dicho solar se construirán. Se cita por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990 –RJ 1990, 8537– que dice: “habiéndose limitado la intervención del aludido don Manuel O.Q. a celebrar un contrato de permuta de solar a cambio de local y vivienda, que se limitó única y exclusivamente a la aportación del solar, está evidenciando que los relacionados demandados, ahora recurrentes, no han intervenido, en contra de lo que en la resolución impugnada se aprecia, con el carácter de promotor -constructor, a fines responsabilizadores con base en el artículo 1591 del Código Civil, por vicios constructivos determinantes de ruina a que tal precepto se contrae, sino que, en realidad, simplemente se limitaron a transmitir a los que sí han sido efectivamente promotores-constructores don Miguel P. D. y don José C. F. el solar en que la edificación a que se viene haciendo mención ha sido construida, generando con ello, en esencia, una específica permuta con prestación subsidiaria de obra, determinante de un contrato atípico «do ut des», submisible por analogía dentro

Supuesto distinto de permuta de solar por obra futura sin participación alguna en los beneficios de la construcción, es el del propietario del terreno que permutara el solar a cambio de participación en los resultados (entendido como permuta del solar a cambio de un porcentaje de la obra construida para intervenir en la venta de las viviendas y locales en los que se materializase su participación, lucrándose con dicho beneficio).

En este caso, la jurisprudencia entiende que el cedente del solar adquiere la condición de promotor²¹⁷.

La doctrina considera que las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, no resultan de aplicación al contrato de permuta de solar por obra futura, en tanto que permutante (aunque sea consumidor y vaya a adquirir las unidades de obra comprometidas como destinatario final) no está necesitado de dicha protección imperativa, siendo que en el contrato de permuta se pueden pactar las cláusulas de aseguramiento que se estime convenientes²¹⁸, con la posibilidad de rechazar la firma del contrato

de los términos del artículo 1538 del Código Civil, y el que en consecuencia, no origina en los transmitentes del solar, a tal finalidad constructiva con otros, el carácter de promotor-constructor, ni por tanto les alcanza la responsabilidad proveniente del aludido artículo 1519 del Código

²¹⁷ La referida tesis se refleja en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1994 –RJ 1994, 575–, que a su vez es reproducida en sentencias ulteriores, como la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2003 –RJ 2003, 647–.

²¹⁸ De este modo, tal y como recuerda ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., págs 80 Y 81, el adquirente podría pactar con el promotor una garantía específica para ese concreto contrato en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pero no estaríamos ante una

si el constructor no le ofrece suficientes garantías²¹⁹. Entendemos que esta conclusión es perfectamente extrapolable a la regulación

garantía imperativa, de constitución obligatoria, contemplada en la Ley 57/1968, de 27 de julio, para el caso de que el adquirente de vivienda anticipe fondos antes de la terminación de ésta. En este sentido podemos destacar algún pronunciamiento jurisprudencial como el contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 -RJ 2007\7105-, que señala: “Así planteado, tampoco este motivo puede prosperar, porque el examen de las sentencias de esta Sala sobre seguro de caución efectivamente demuestra que éste puede proteger a los transmitentes de solar por obra futura frente al incumplimiento por el constructor de su obligación de entrega, estableciéndose una indemnización, pero también que para que esto suceda será preciso que el contrato base de esa obligación del constructor consista precisamente en una permuta de tal naturaleza y no en una compraventa, que fue lo que en este caso se le presentó a la aseguradora. Así resulta de la propia sentencia de 26 de febrero de 2000 (recurso núm. 1640/95) invocada por la parte recurrente (permuta en documento privado); y así resulta, también, de las sentencias de 26 de enero de 1995, en recurso núm. 3142/91 (RJ 1995, 172) (contrato de permuta), 20 de diciembre de 2004 en recurso núm. 3571/98 (transmisión de un solar por venta de los apartamentos resultantes) y, sobre todo, 1 de octubre de 2002 (recurso núm. 812/97 [RJ 2002, 8498]), la cual declaró la ineficacia del aval de un contrato de permuta para garantizar un posterior contrato de compraventa entre las mismas partes que sustituyó al de permuta”.

²¹⁹ En este sentido véanse ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., págs 79 y 80, asimismo 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. 53. En opinión de estos últimos autores, 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”. Señalan los citados autores, en el caso (muy poco probable) de que el valor del solar fuera muy inferior a la prestación a cumplir por el constructor, si el cedente fuera un consumidor y se acordara que debe entregar (además de la propiedad del solar) cantidades a cuenta antes de la terminación de la edificación, en este caso, consideran que sí que sería “clara la aplicación de las disposiciones garantizadores de las disposiciones citadas dada su ratio y la amplitud de términos que emplean ambas”.

Por el contrario, existen autores que consideran que también a los contratos de permuta les son de aplicación las garantías contempladas en la Ley 57/1968,

contenida en la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

3. Contrato de adquisición de cuotas indivisas de un edificio

Respecto de los contratos de adquisición de cuotas indivisas de un edificio, esto es, cuando las partes contratantes (comprador y vendedor) persigan la transmisión de unidades privativas independientes de un edificio que todavía no se encuentre construido, exigiéndose al comprador la entrega de cantidades a cuenta del precio, si bien, en lugar de concretar el contrato de compraventa sobre la unidad privativa de que se trate (por lo tanto, de la concreta vivienda que se pretende adquirir), el contrato tenga por objeto la adquisición de cuotas indivisas en el futuro edificio que se construirá.

para la entrega de cantidades anticipadas. En este sentido véase a SERRANO CHAMORRO, M^a. E., “Cambio de solar por edificación futura”, op cit. pág. 374, que mantiene que “aunque (en este supuesto) no se entregue dinero propiamente dicho, el solar sí puede materializarse en dinero, y sí puede considerarse como un anticipo a cuenta del piso, local, garaje o trastero que vaya a recibir una vez concluida la edificación. Por este motivo creo plenamente posible que el transmitente del solar pueda exigir al adquirente del mismo la observancia de las condiciones fijadas en esa Ley 57/1968”. Coincide con la postura expuesta CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, op cit., pág. 63, y mantiene 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”.

Para determinar si efectivamente resulta de aplicación la Ley 57/1968, de 27 de julio, debemos atender a la finalidad del negocio jurídico celebrado por las partes contratantes. Así, en caso de que lo que se pretenda por el comprador sea la adquisición de una vivienda (con independencia de que la forma de adquisición de la misma sea mediante la adquisición de cuotas indivisas del edificio que no respecto de una concreta unidad física), nos encontraremos ante un supuesto al que resulta íntegramente de aplicación las garantías establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio²²⁰.

²²⁰ Así lo entiende el profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., págs. 85 a 87. Coincidimos con tal conclusión, en tanto que en derecho los contratos no pierden su finalidad en función del *nomen iuris* que se emplee, de hecho resulta irrelevante el *nomen iuris* - principio de “primacía de la realidad”- esto es que “las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”.

El referido autor, en la indicada obra, a los efectos de fundamentar su tesis utiliza como ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 7 de junio de 1983 Roj: STS 1359/1983-.

El supuesto de hecho que se resuelve por dicha sentencia es el de unos compradores que habían adquirido 20 cuotas indivisas del 0'16 por mil de un determinado edificio. En el momento de la firma del contrato de compraventa de dichas cuotas, los compradores entregaron al promotor (a cuenta del total precio convenido) determinadas sumas de dinero respecto de las cuales el promotor concertó, simultáneamente, contrato de seguro para la eventual devolución de las mismas. La promotora fue declarada en suspensión de pagos y el edificio no se llegó a concluir, de modo que los compradores, tras requerir a la promotora la devolución de las cantidades anticipadas con sus correspondientes intereses, sin obtener respuesta, requirieron a la compañía aseguradora la referida devolución. Esta última se negó al pago de las cantidades reclamadas alegando que no resultaba de aplicación la Ley 57/1968 a la vista de la adquisición que se pretendía realizar.

El asunto fue resuelto definitivamente por el Tribunal Supremo en sentencia dictada en fecha 7 de junio de 1983, en la que atendiendo al pedimento de los compradores, señala que: “...se impugna el contrato de seguro discutido, con base en que la finalidad perseguida por los compradores-asegurados (hoy recurridos) no estaba comprendida en el ámbito de la ley citada; siendo de

4. Contrato de compraventa de parcela y ejecución de obra

El contrato de compraventa de parcela y ejecución de obra es un contrato complejo en virtud del cual el promotor vende a un particular una parcela obligándose además a ejecutar las obras necesarias para la construcción de una vivienda. Así pues, es visto que en definitiva, la finalidad última de este contrato complejo es la transmisión de una vivienda a un particular. Como quiera que en la práctica es común que los adquirentes de dicha vivienda tenga que adelantar cantidades a cuenta del total precio, resultan perfectamente

observar que, de acuerdo con el resultado probatorio, fue la sociedad aseguradora que ahora recurre, la que, en contra de lo dispuesto en el artículo cincuenta y siete del Código Mercantil tergiversó con interpretaciones arbitrarias, el sentido recto, propio y usual de las palabras escritas en el contrato; el cual no incide en ninguno de los supuestos de los números dos y tres del trescientos ochenta y uno del propio texto legal, referidos al asegurado, pues la declaración que éste hizo fue exacta como reconoce el mismo recurso sin ocultar en absoluto hechos o circunstancias que pudiesen influir en su celebración, justo por lo cual la aseguradora conocía con detalle la finalidad perseguida a la que no consta que hiciese la menor objeción. A su vez, el artículo primero de la Ley de mil novecientos sesenta y ocho, que se esgrime para reforzar el argumento de que la finalidad perseguida por los asegurados no entraba en las posibilidades legales, carece de sentido, porque el precepto se refiere específicamente a "los promotores 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 que pretendan obtener de los concesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma...", índice bien elocuente de que su principal objeto es el aseguramiento de estas solicitudes de anticipo que constituye el verdadero interés protegible, para tratar de poner fin a los abusos habidos hasta entonces, con absoluta independencia del uso o destino que hagan los cesionarios y del régimen jurídico de organización de la propiedad resultante".

aplicables las disposiciones de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a este supuesto contractual²²¹.

III. APLICACIÓN DE LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO Y DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, SEGÚN

²²¹ Defiende asimismo esta tesis el profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág.s 88 a 90. Por otra parte, de manera pacífica, los tribunales reconocen que nos encontraremos ante un supuesto al que resulta íntegramente de aplicación las garantías establecidas en la Ley 57/1968. Resulta representativa en este sentido La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de 4 febrero de 2004 -JUR 2005\85844- “Esta cláusula que pretendía la demandada promotora que firmaran los compradores suponía de hecho una renuncia por parte de éstos a los derechos que, sin duda como consumidores de un bien de primera necesidad, les reconoce la Ley 57/1968, de 27 de julio, cuando lo cierto es que el artículo 7º de la misma ley establece que *“los derechos que la presente ley otorga los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables”*, por tanto, y aun reconociendo a los puros efectos dialécticos, que los demandantes conocieran antes de la firma del pacto de reserva la mencionada cláusula, lo cierto es que no estaban en disposición de aceptarla ni, por el contrario, la promotora demandada de obviarla o desconocerla con un argumento, además, no convincente, pues no es menos cierto que lo vendido estaba integrado por una parcela y una vivienda a construir sobre ella, siendo ambos objeto por su propio destino inseparables. Y a mayor abundamiento, y en orden a las garantías exigidas por una ley de contenido imperativo, debemos poner de manifiesto, porque así consta en el contrato de compraventa de parcela y ejecución de obra, que la parcela nº NUM001 , derivaba de un contrato de compraventa efectuado mediante documento privado de fecha 10 de septiembre de 2002 con D. Ramón pendiente de inscripción en el Registro de la Propiedad de Moncada (folio 26), pendiente también, por tanto, de elevarlo a escritura pública; además la vendedora promotora todavía debía reunir la documentación necesaria que le permitiera solicitar la “Licencia Municipal de Obras (folio 28)” al Ayuntamiento de Bétera, circunstancias tales, entre otras, que no justifican en modo alguno a la promotora el no prestar las garantías exigidas por la tan mencionada Ley 57/68.

Por tanto, el incumplimiento por parte de la demandada de la obligación que le impone el artículo 1 de la ley 57/1968, de 27 de julio, es causa de reconocimiento para la parte actora de su facultad de resolver el contrato y de recuperar, como consecuencia, la cantidad entregada a cuenta del precio”.

REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, EN LA FASE DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: TRATOS PRELIMINARES Y CONTRATACIÓN PREVIA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Mantiene la jurisprudencia de forma pacífica, en relación con las fases del contrato (desde su génesis hasta su extinción) que existen tres fases o momentos principales: la generación, la perfección y la consumación²²².

Ahora bien, en la actualidad se viene observando que no existen realmente tres etapas del procedimiento negocial sino tan sólo dos, que se encuentran separadas por la celebración del contrato²²³. De este modo, las fases del procedimiento negocial son: la fase anterior a la celebración del contrato, denominada fase de preparación o de formación del contrato, y la fase posterior, que puede llamarse de ejecución.

²²² Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1964. A la citada sentencia se remiten numerosas sentencias, entre otras: SAP Bizkaia, de 20 noviembre (JUR 2007\99209), SAP Pontevedra, de 21 junio (AC 2006\1518), SAP Málaga, de 15 junio, (JUR 2005,339591), SAP Málaga, de 10 junio (JUR 2005,233834), SAP Málaga, de 5 julio, (JUR 2006,31256), SAP Málaga, de 3 noviembre, (JUR 2005,58051), SAP Málaga, de 7 julio, (JUR 2004\262885), SAP Málaga, de 23 junio (JUR 2004,288907), SAP Madrid, de 11 febrero 2002 (JUR 2002,120465).

²²³ Así lo advierte DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, vol. I, Madrid, 1993, Civitas, pág. 199.

La primera fase a la que hemos hecho referencia (la fase de generación del contrato) “comprende los preliminares o proceso interno de formación del contrato”²²⁴.

1. Contratación previa

El contrato preparatorio, preliminar o precontrato, equivalente al *pactum de contrahendo* del Derecho romano, tiene lugar cuando las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato determinado, mediante la prestación de un ulterior consentimiento o *contrahere*²²⁵.

La formación de un contrato, puede en ocasiones alcanzarse mediante un *iter* negocial complejo, de formación sucesiva, que se inicia con la celebración de un contrato preliminar o preparatorio, al cual sucede en una fecha posterior el contrato definitivo, que se otorgará entre los mismos sujetos²²⁶.

Si atendemos a los antecedentes legales de esta figura²²⁷, en nuestro antiguo derecho se llamó promesa (*promission*) a la

²²⁴ Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español común y foral”, op. cit., pp. 592-594. En semejantes términos plantea el tema PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1987, 21 y ss. Por lo que se refiere a la expresión “formación del contrato” DÍEZ PICAZO mantiene que, en la misma, se comprenden “los actos o series de actos que preceden a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad”. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil II*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 64.

²²⁵ DE CASTRO GARCÍA, J., *Contestaciones de derecho civil al programa de judicatura*, 3ª Edición, Colex, Madrid, 2000, pág.s 70 a 74.

²²⁶ DÍEZ PICAZO, L. - GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil II”, op. cit., pág. 64.

²²⁷ Seguimos en este punto a CASTÁN TOBEÑAS, Vid. CASTÁN,

estipulación o contrato verbal de los romanos. Las Partidas llamaban *Promission* al “*otorgamiento que facen los omes unos con otros por palabras o con intención de obliarse auiniendose sobre alguna cosa cierta, que deuen dar, o facer, unos a otros*”²²⁸.

Con la instauración del sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá desaparecieron las formas solemnes que habían caracterizado a la promesa y quedó ésta sin sustantividad o finalidad propia, confundida con los demás contratos.

En cuanto a los expositores modernos²²⁹, “o prescinden del contrato de promesa²³⁰, o lo estudian en su concepto antiguo de contrato unilateral, de objeto vario, incluyendo en él cualquier compromiso de dar, hacer o no hacer²³¹, o le dan el carácter de contrato preparatorio, por entender que sólo así se presenta la promesa como un contrato aparte, con entidad científica propia”.

Son variadas las figuras jurídicas que podemos identificar en esta fase de formación del contrato ²³². Así, destacaremos a

TOBEÑAS, J., “Derecho civil español común y foral”, op cit., pág. 27.

²²⁸ Ley Iª, Título 11, Partida V.

²²⁹ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español común...”, op cit., pág. 27.

²³⁰ El profesor CASTÁN TOBEÑAS destaca en este sentido a BURÓN y PLANAS, en CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español común...”, op cit., pág. 27.

²³¹ El profesor CASTÁN TOBEÑAS destaca en este sentido a VISO, en CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho civil español común...”, op cit., pág. 27.

²³² Según la distinción propuesta por el profesor DÍEZ PICAZO, a la que hemos hecho referencia en este capítulo.

continuación: los tratos preliminares; el precontrato; el contrato de opción y las arras o señal.

Por lo que respecta a la utilización de estas modalidades contractuales en relación con supuestos a los que resulta de aplicación la Ley 57/1968, de 27 de julio, repárese en que con carácter previo a proceder a la celebración de contrato de compraventa de viviendas en construcción o en proyecto, el promotor debe cumplir una serie de requisitos administrativos²³³,

²³³ En este sentido, el profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., págs 90 y 92, propone como ejemplo de tales requisitos previos exigibles al promotor (y dentro de la legislación autonómica); de una partes, la Ley 8/2004, de la Comunidad Valenciana, de Viviendas en proyecto o en construcción, que en su artículo 14 establece: « 1. Cuando la venta de las viviendas se produzca en proyecto o en construcción de las mismas, el vendedor deberá acreditar los siguientes extremos:

a) La disponibilidad de los terrenos, proyecto técnico y licencia de obras.

b) La escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución del régimen de propiedad horizontal así como certificación registral en la que consten, las cuotas de participación en los elementos comunes y los estatutos de la comunidad de propietarios o proyecto de estatutos de la junta de comunidad de propietarios.

c) Previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas una vez acabadas.

2. Al finalizar las obras el vendedor facilitará al comprador la documentación prevista en esta Ley para las viviendas terminadas.

3. Los contratos de compraventa se redactarán con cláusulas claras en las que consten como mínimo las condiciones señaladas por la presente Ley en la información para la venta, y los datos acreditativos de los requisitos exigidos por este artículo. Los contratos de viviendas de protección pública, contendrán además, las cláusulas de inserción obligatoria específicas para este régimen, que se determinarán reglamentariamente».

Y por otra parte, el artículo 30.2 de la Ley /2001, de la calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda, de Extremadura, que dice: « Para formalizar contratos de compraventa, y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción, se considera necesario disponer de los siguientes requisitos:

- Licencia urbanística de obras inmediatamente ejecutiva.
- Disponibilidad de los terrenos, debidamente justificada.
- Proyecto de ejecución con el visado que sea preceptivo y presentado en el Ayuntamiento.
- Previsión de plazos de terminación y entrega de las viviendas.
- Previsión del régimen jurídico de la edificación».

precisamente a los efectos de evitar el cumplimiento de estos requisitos exigidos, en algunas ocasiones, los promotores utilizan distinto *nomen iuris* para documentar el contrato, así emplean denominaciones²³⁴ como “precontrato de compraventa de vivienda” o “contrato de arras”, entre otros²³⁵.

²³⁴ Cfr. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T.I, 6ª Edición, Civitas, Madrid, 2012, pág. 402, en el que el autor se refiere al uso y abuso que en la práctica se hace de las expresiones “promesa de venta” y otras similares cuando en realidad lo que las partes pretenden es celebrar de modo definitivo un contrato de compraventa que, como es sabido, es consensual y perfectamente válido aunque no se celebre en escritura pública, cuyo otorgamiento, desde el punto de vista contractual y aun tratándose de bienes inmuebles “no afecta a la perfección o validez del contrato y no tiene otro alcance que el que se deduce de la aplicación de los artículos 1278 y 1279 CC”.

²³⁵ A título de curiosidad, podemos hacer referencia a sentencias como la dictada por la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de octubre de 2005 - JUR 2006\138504 – en la que concluye lo siguiente: “El documento en cuestión, en su encabezamiento, habla de que es un "contrato de depósito de acuerdo con el Código Civil Artículo 1454 "Arras". Resulta incompatible esta expresión con el contrato de depósito, porque el contrato de depósito tiene como finalidad la custodia, y en el documento en cuestión se habla de reserva de Apartamento y locales en el conjunto DIRECCION000 y se fija el precio de 637.000 euros con objeto de compra, como, además, se deduce de la cita, en el párrafo del artículo 1454 del Código Civil, que se refiere al Contrato de Compraventa en el que media arras o señal. Del resto del documento aparece que el objeto del mismo es una compraventa de determinado bienes inmuebles concretados con detalle, a construir en la urbanización los "Balcones de Sierra Blanca", Camino de Camojan en Marbella, con precio fijado, entrega inicial de señal de 12.740 euros, a la firma del contrato privado (se pagó a la firma del documento) y la forma de pago del precio restante, el 20% al comienzo de la construcción, otro 20% a la terminación de la estructura y el 50% restante a la firma de al escritura pública. Al final del documento examinado, se dice que el vendedor (sic) (promotor) expedirá al comprador una garantía bancaria de acuerdo con las leyes españolas (Ley 57/1968, 27 de Julio). De todo ello resulta que lo pactado en dicho documento es una verdadera compraventa, ya que reúne todos y cada uno de los requisitos de tal contrato, teniendo declarando el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de Julio de 2003 -Roj: STS 5073/2003- que la promesa de compraventa, recíprocamente aceptada, no puede diferenciarse de los efectos que produce la compraventa, siendo los efectos los mismos que los que produce el contrato

2. Tratos preliminares

Se entiende por tratos preliminares²³⁶ aquellos actos que los interesados y sus auxiliares llevan a cabo con el fin de elaborar, discutir y concertar el contrato ²³⁷, es decir, son aquellas conversaciones previas que los interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse la celebración del negocio y que están dirigidas a informarse y planear los términos de un hipotético contrato²³⁸.

perfecto, si consta la voluntad de las partes”.

De la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 16 de Julio de 2003 -Roj: STS 5073/2003-, destacamos lo siguiente: “... proclamaron que dicho contrato estaba incardinado en lo establecido en el artículo 1451 del Código Civil: "La promesa de vender o de comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato", habiendo señalado la sentencia de esta Sala de 26 de junio de 1973 que los efectos de la promesa de compra y venta, recíprocamente aceptada, no pueden diferenciarse de las que produce la compraventa. Sus efectos son los mismos que los del contrato perfecto, si consta que ésta es la verdadera intención de las partes, ha señalado la sentencia de 1 de junio de 1966. En resumen, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ha recogido que el precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente - sentencias de 25 de junio de 1996 y 19 de julio de 1994-.

²³⁶ La profesora Guillén Catalán, R., en su Tesis Doctoral, *pro manuscrito*, *El régimen jurídico de la oferta contractual: desarrollo y perspectivas actuales de análisis*, Dirigida por Prof. Dr. Fco. Javier Orduña Moreno, Facultad de Derecho de Valencia, 2008, pág. 108, destaca que el concepto de tratos preliminares es de origen doctrinal y jurisprudencial. En ese sentido cita a MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 84.

²³⁷ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op cit., pág.s 270 y 271.

²³⁸ Vid. SSTS de 25 de enero de 1989 (RJ 1989\123) y 11 de marzo de 1988 (RJ 1988\1958).

La fase de tratos preliminares implica que quien ofrece un bien, producto o servicio²³⁹, y el sujeto interesado en su adquisición, contactan y empiezan a comunicarse. Es una fase previa a la perfección del contrato²⁴⁰. Dichos tratos no obligan al cumplimiento del contrato cuando no culminan en la prestación del consentimiento contractual por las partes que los protagonizan²⁴¹. Como mantenían ya los clásicos *ex nuda pollicitatione, nulla actio nasciturus*.

El Tribunal Supremo, teniendo en consideración las dos posiciones tradicionales sobre el precontrato²⁴², acogió en un primer momento la teoría tradicional o clásica²⁴³, afirmando la imposibilidad del cumplimiento específico de la promesa, por imposición del juez,

²³⁹ En el caso que nos ocupa, en el que examinamos en última instancia el contrato de compraventa de vivienda, el referido bien será en todo caso una vivienda.

²⁴⁰ ALFONSO PÉREZ, M^a T., *Las obligaciones legales de información precontractual de la compraventa de vivienda (...)*, op cit., pág. 29.

²⁴¹ En ese sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 23 de abril de 1993 y en la de 19 de diciembre de 2003.

²⁴² Cfr. DE CASTRO, J., “Contestaciones de derecho civil...”, op. cit., pág. 71.

²⁴³ Sostiene la teoría clásica del precontrato, que el objeto del precontrato lo constituye un *facere*, obligándose los otorgantes a prestar el consentimiento en un contrato prometido, que por el momento no se quiere o no se puede concluir. Esa prestación de hacer, consiste en emitir una declaración de voluntad (acto rigurosamente personal) y no susceptible de coerción mediante sentencia condenatoria, de conformidad con la regla *nemo ad factum preaeccisi cogi potest*. Lo que implica que, necesariamente, el incumplimiento únicamente se traducirá en el resarcimiento del daño ocasionado, pero no podrán imponerse los efectos propios del contrato prometido.

siendo la prestación del consentimiento un hecho personalísimo y no susceptible de ejecución forzosa²⁴⁴.

El Tribunal Supremo concibe los tratos preliminares²⁴⁵ como el “conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y “adláteres” realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y desde luego evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio –ideas, especulaciones, planteamientos- pero que siempre tendrán un denominador común, como es no suponer acto jurídico alguno, ya que de dichas referidas operaciones no se derivan, de manera inmediata efectos jurídicos mensurables”.

Aun cuando de los tratos preliminares no nace una relación jurídica, ni vinculan a la contratación, sin embargo, no se puede considerar que sean intrascendentes para el futuro contrato: pueden servir para conocer la voluntad contractual e interpretarla, o para apreciar los posibles vicios de la misma; incluso, pueden dar lugar a lo que se ha llamado responsabilidad precontractual.

Los sujetos que intervienen en estos tratos previos deben comportarse con lealtad y buena fe, principios que imponen especiales deberes de conducta, como el proporcionar la información suficiente o guardar la reserva que exija la naturaleza de

²⁴⁴ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1940, de 18 de enero de 1940, 21 de mayo de 1942, entre otras.

²⁴⁵ Vid. STS 16 de diciembre de 1999 -Roj: STS 8109/1999-.

las conversaciones o negocio proyectado, de cuyo incumplimiento puede surgir una responsabilidad. Los tratos previos terminan con la celebración del contrato o por el desistimiento de uno o ambos sujetos.

3. Precontrato

El precontrato se define como un estado o fase del iter negocial de forma sucesiva. Una etapa preparatoria del contrato, en el que las partes convienen el contrato futuro atribuyendo a una de las partes o a las dos la facultad de exigirlo en un momento posterior. Tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior²⁴⁶.

Por lo que se refiere, en concreto, al contrato de compraventa de inmuebles, véase que dicho contrato, se perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa, y dice que el contrato puede ser: de formación instantánea (cuando concurren ambas en un primer momento) o bien de formación sucesiva.

Puede suceder, que el proceso de formación del contrato se dilate en el tiempo porque los futuros contratantes necesiten

²⁴⁶ DOMÉNECH GARRET, C., “Concepto de precontrato” en *Vademécum de Derecho Civil y Procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 154.

reflexionar, recabar datos, acercar posiciones, negociar garantías. Reconoce el autor citado, que esa precisamente es la situación más corriente en contratos de gran transcendencia económica, cuya celebración reviste mayor importancia para las partes. Se habla entonces de formación sucesiva del contrato, pues, si bien éste nace cuando coinciden oferta y aceptación, no se puede considerar que sea irrelevante esta fase previa.

El ordenamiento civil español no regula específicamente la figura del precontrato²⁴⁷, si bien, prevé varias figuras de promesa: la promesa de comprar y/o vender²⁴⁸ y la promesa de constituir prenda

²⁴⁷ Ciertos autores españoles refieren que la denominación “precontrato” procede de la traducción literal del término alemán Vorvertrag (MORO LEDESMA, S., “El precontrato. Notas para su estudio”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1934, págs 6 y siguientes, y PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1985.

²⁴⁸ Vid el artículo 1451 CC que señala que: «La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato. Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta, regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro».

Advierte DE LEÓN ARCE, A., “El contrato de adquisición de la propiedad de la vivienda. Formación del contrato”, en Derecho de los consumidores y usuarios, coordinado por GARCÍA GARCÍA, L. M^a, Valencia 2007, que aunque en el art. 1451 CC no se distingue expresamente, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido a diferenciar los contratos preparatorios según su carácter unilateral o sinalagmático.

Mantiene la citada autora que podemos identificar de una parte, la existencia de una promesa unilateral, que puede ser de compra, pero que en la mayor parte de los casos es de venta. Y por otra parte, la promesa bilateral o sinalagmática.

La figura de la promesa unilateral de compra, consiste en el contrato de opción por el que una de las partes llamada promitente, concede a la otra u optante, por un tiempo determinado y bajo ciertas condiciones, la posibilidad de decidir de forma totalmente discrecional la conclusión de un determinado contrato del que ya se han establecido sus elementos constitutivos, no pudiendo

o hipoteca²⁴⁹. Esta ausencia de regulación ha motivado amplios debates en cuanto a su naturaleza jurídica, contenido, requisitos y efectos.

Sin entrar a analizar detenidamente cada una de las teorías que han surgido en torno al precontrato, advertiremos las dos posiciones más relevantes en nuestra doctrina:

La tesis que considera que el precontrato obliga como un contrato definitivo²⁵⁰.

el promitente mientras transcurre ese periodo de tiempo ni enajenar, ni gravar el bien objeto de la opción ni tampoco acordar otra opción con un tercero, debiendo sólo el optante poner en conocimiento del concedente su voluntad de celebrar el contrato proyectado en el tiempo convenido y si ha pagado una cantidad por esta facultad, según haya sido considerada o no en el contrato, será o no parte integrante del precio.

Por otra parte, la opción de venta, es muy utilizado por los promotores inmobiliarios de edificios a construir con la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad si cumple los requisitos del art. 14 RH.

En cuanto a la promesa bilateral o sinalagmática, de jurisprudencia creada a partir de la STS 11 noviembre 1943, se considera un contrato preparatorio o precontrato que tiene por objeto la conclusión posterior de un contrato de compraventa comprometiéndose ambas partes a perfeccionarlo y hacerlo definitivo en un momento posterior, por lo que ya contiene todos los elementos esenciales, posponiendo solo el comienzo de sus efectos, al acaecimiento del acontecimiento que se pacte.

²⁴⁹ Vid. el artículo 1862 CC, cuyo tenor literal, es: «La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudare a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen».

²⁵⁰ Tesis mantenida por ALBALADEJO Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho de Obligaciones”, en *Derecho Civil, t. II*, Edisofer, Barcelona, 1997, pág.s 440 y siguientes.

Y la postura general, que defiende la existencia autónoma de esta figura frente al contrato definitivo. Dentro de esta postura, podemos a su vez distinguir dos corrientes:

La que mantiene que el precontrato es un acuerdo en el que se establecen las directrices básicas que las partes deben desarrollar en el futuro, obligándose a colaborar para establecer el contrato definitivo cuyas bases han sido establecidas por aquél²⁵¹.

Y, la que considera el precontrato como un convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas, o de ambas, la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado; existiendo, por tanto, dos etapas, una primera, la promesa de contrato, en la que se establece el contrato proyectado y las partes, o al menos una de ellas quedan facultadas para exigirlo y, la segunda etapa que surge con el ejercicio de la facultad de exigir el contrato proyectado por la parte o partes facultadas para ello²⁵².

Por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial creada en torno a la figura del precontrato, destacamos la opinión mantenida por el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia de 4 de julio de 1994 (RJ 1994, 6296)²⁵³. Entiende el Alto

²⁵¹ Como principal defensor de esta teoría destaca ROCA SASTRE. Vid. ROCA SASTRE, R., “Obligaciones y contratos” en *Estudios de Derecho Privado I*, Madrid, 1948, pág. 324.

²⁵² Destacan como defensores de esta postura DE CASTRO y DÍEZ PICAZO. Vid. DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial...”, op. cit., pág. 227.

²⁵³ Se trata de una postura muy próxima a la que defienden De Castro y Díez Picazo (y que ha sido expuesta de modo sucinto en éste epígrafe).

Tribunal, que la esencia del llamado precontrato es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que por el momento no se quiere o no se puede celebrar. Es por ello que, puede llegar a afirmarse que el precontrato consiste en “quedar obligado a obligarse”²⁵⁴, es decir, las partes mediante un precontrato se comprometen a hacer efectiva la conclusión de un determinado contrato en el futuro y, por ello, tal contrato preliminar no se puede identificar con el posterior contrato que será definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar el consentimiento de las personas que se comprometieron²⁵⁵.

²⁵⁴ Cfr. MENÉNDEZ MATO, J. C., “Comentario a la STS de 24 de Julio de 1998 precontrato”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 49, enero-marzo, 1999, pág. 128.

²⁵⁵ Vid. Sentencia n° 53 del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 1960 (TOL4.339.517). El Alto tribunal respecto del valor que cabe achacar a un documento privado (como precontrato o contrato definitivo) acoge la fundamentación del apelante que mantiene lo siguiente en su recurso: «(...) El contenido del requerimiento, invitación al contratante a que cumpla lo que él estima ser contenido del compromiso adquirido en el documento privado, demuestra claramente que la Sociedad que se intentaba constituir no quedaba constituida en el documento privado, por lo que éste no pasaba de ser un *precontrato*, y que la Sociedad a constituir había de ser mercantil quien a conciencia de esos dos aspectos de la interpretación del contrato, pide a los Tribunales que se condene al demandado a prestaciones que no son propias del contrato, preparatorio, sino del de Sociedad perfecto, contradice tal acto espontáneo y solemne, "jurídicamente eficaz" (sentencia 21 de enero de 1922), "realizando con el fin de crear un derecho" (sentencias de 10 de marzo de 1910 y 27 de febrero de 1942) "un acto, de los que por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo, inalterablemente la situación jurídica de su autor, los que se realizan con el designio de crear o modificar algún derecho" (sentencia de 17 de mayo de 1941). La sentencia que desconoce el valor singular de ese requerimiento notarial, para definir, con la voluntad del actor, el contrato de litis, y contra ese acto propio del demandante, no tipifica el convenio privado

Cabe plantearnos la cuestión de la obligatoriedad o no de determinar los requisitos esenciales del contrato definitivo que los interesados quieren. Para dar solución a esta cuestión, debemos tener presentes las dos teorías doctrinales a las que hemos hecho referencia anteriormente. Así, por una parte, la teoría clásica o tradicional, considera la existencia del precontrato únicamente cuando en el mismo se recojan los elementos esenciales del contrato proyectado²⁵⁶.

Por otra parte, la teoría que realiza una interpretación amplia del concepto de precontrato, considera su existencia aun cuando no figuren expresamente detallados los elementos específicos del contrato proyectado²⁵⁷.

de 10 de enero de 1954 como un *precontrato* de Sociedad, con finalidad de constituir en su día una Sociedad mercantil, sino que impone ya directa e inmediatamente al demandado obligaciones de un contrato aún no perfeccionado y además indefinido, incide en el acusado error de hecho y de derecho, al no otorgar el debido valor en el conjunto probatorio a ese acto solemne y fehaciente del actor, y a la vez infringe el citado principio jurídico y el artículo 1.282 del Código *Civil*».

²⁵⁶ Cfr. DÍAZ-AGUADO JALÓN, C., “Compromiso de intenciones”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 48, septiembre-diciembre, 1998, pp. 1238 y ss. Esta postura parece ser la seguida actualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Entre otras, vid. la STS de 20 de abril de 2001.

²⁵⁷ Vid. Sentencia Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991 -Roj: STS 11071/1991-, que a su vez se basa en la línea jurisprudencial establecida en las SSTs de 5 de julio de 1940 y de 9 de julio de 1940. Esta última sentencia señala que “... no es preciso que en el precontrato se indiquen todos los elementos específicos del contrato mismo, bastando la posibilidad de su determinación ulterior y la especie del futuro contrato definitivo; en otro caso, el contrato preliminar se confundiría con el definitivo y el primero sería inútil como preliminar; se requiere para el futuro un contrato determinado pero no en el momento de convenir el precontrato (...)”

Acogiendo la postura mayoritaria en la doctrina en torno al concepto de precontrato, adviértase que la existencia de una unidad funcional entre el precontrato y el negocio definitivo no convierte al primero en una figura superflua ni carente de significado práctico. Así, en la fase del contrato preparatorio no pesan sobre las partes los deberes de la relación jurídica obligatoria definitiva, ni se les atribuyen los efectos de su contenido típico²⁵⁸.

Por lo que se refiere a las diferencias entre las figuras de la oferta contractual y del precontrato, las mismas son evidentes: mientras que la oferta implica la intención de convertirse en un contrato tras la aceptación; el precontrato es, en sí mismo, un contrato, cuyo objetivo es celebrar posteriormente un nuevo contrato.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, al precontrato o promesa de venta, es lo cierto que no podemos encontrar una postura pacífica en los diferentes pronunciamientos judiciales dictados. Así podemos encontrar sentencias que entienden el precontrato como una figura contractual autónoma (por lo que no concurriendo como finalidad última de adquirente su voluntad de adquirir la vivienda para su uso como residencia, no le resulta aplicable la Ley 57/1968)²⁵⁹ y las que

²⁵⁸ Cfr. DE CASTRO, J., “Contestaciones de derecho civil...”, op. cit., pág. 72.

²⁵⁹ En ese sentido se pronuncia la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, en fecha 13 de diciembre de 2005 –JUR 2006, 142999–, que “En el caso presente podemos concluir en que nos hallamos ante un

consideran que en puridad estamos ante un verdadero contrato de compraventa, por cuanto que ya quedan delimitados los elementos esenciales del contrato²⁶⁰.

precontrato de compraventa, ante una promesa de venta con aceptación mutua y con coincidencia entre la cosa y el precio, lo que daría a las partes la posibilidad de optar en el contenido legal del artículo citado: reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato, o en el caso de no cumplirse la promesa de compra y venta, acudir al juego de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil en cuanto supone la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones recíprocas o bilaterales, siendo ello a lo que se refiere sobre la aplicación de lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente libro.

TERCERO La parte actora interesa entonces la resolución contractual y la devolución de la cantidad entregada con sus intereses. Pero esa petición no puede tener efecto, como ya así se declaró en la instancia, y no puede tenerlo porque no se ha acreditado, ni probado, que la parte demandada vendedor haya incumplido con sus obligaciones contractuales. No puede sostenerse que la causa de resolución contractual esté basada en que no se hayan avalado las cantidades resultantes de la aplicación de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación , y la Ley 57/1968 , sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ya que dichas normativas no están contempladas en el documento de promesa de venta y de compra, sino en tal caso en la futura redacción escrita de los contratos, teniendo en cuenta que la parte demandante y en la aplicación del mismo artículo 1.124 del Código Civil pudo haber interesado del órgano judicial el cumplimiento del contrato con el desarrollo de las bases ya contenidas en el precontrato; y además es que nada se ha alegado, ni probado, del porque no se formalizó el contrato pasadas las cuatro semanas de la firma del documento precontrato, ya que así se decía: la reserva será por un tiempo de cuatro semanas a partir de la fecha de emisión del presente documento. Debemos concluir entonces con la confirmación de la sentencia de instancia y la desestimación del recurso, añadiendo, como apuntó también la parte demandada y ahora recurrida, que tampoco ninguna alegación se hizo en cuanto a la moderación de la cláusula penal que se contenía en el documento y con relación a la entrega del dinero, no siendo procedente entrar ahora en dicha materia”.

²⁶⁰ Respecto de la postura que considera la promesa de venta verdadero contrato de compraventa (si se fijan los elementos esenciales del contrato) destacamos la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 7 de julio de 1994, que dice: “en Sentencia de 26 de octubre de 1984, se dice que, declaradas inadmisibles la promesa bilateral de comprar y vender y la compraventa propiamente dicha, como se desprende del art. 1.145.2º del Código Civil , al puntualizar los efectos de la primera en caso de imposibilidad de incumplimiento, la distinción entre el contrato definitivo y la mera promesa ha de buscarse en la

4. Contrato de opción

Se denomina opción de compra²⁶¹ al convenio por el cual, una parte (oferente), ofrece a la otra (optante), por cierto tiempo y en determinadas condiciones, la facultad de decidir respecto a la celebración de un contrato principal. Una facultad que se deja completamente al arbitrio del optante²⁶².

En cuanto a los requisitos esenciales del contrato de opción, partimos de la concesión (de modo exclusivo) por una parte a la otra de la facultad, de decidir sobre la celebración o no del contrato principal, sin obligación alguna de ésta, por tiempo determinado (y sin otra condición que el propio juicio del optante). El contrato de opción puede ser tanto gratuito como oneroso, pues las partes podrán pactar una prima. Ahora bien, tal y como tiene declarado la

voluntad de las partes contratantes, intención real que ha de indagarse, atendiéndose por de pronto, al sentido literal del contrato, habiéndose igualmente declarado por Sentencia de 22 de marzo de 1985 que el art. 1.451 equipara implícitamente el compromiso de vender y comprar mutuo y contemporáneamente expresado, con especificación de la cosa y el precio, al contrato de compraventa de modo que sólo cabría rechazar esa equiparación si apareciese patente la voluntad de las partes de excluir los efectos de la compraventa, sustituyéndola por aquel "obligarse a obligarse" que supone la verdadera promesa".

²⁶¹ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho Civil español...", op. cit., págs. 50 y 51. El profesor CASTÁN, mantiene que son caracteres propios del contrato de opción: "Ser un contrato preparatorio (una modalidad de la promesa del vínculo unilateral) (...); consensual, y generalmente unilateral, aunque pasa a ser bilateral cuando se fija una prima que ha de pagar el titular del derecho de opción al concedente del mismo.

²⁶² Véase el epígrafe 2.2.2 "Contrato de arrendamiento con opción de compra" del capítulo I de este trabajo.

jurisprudencia, el hecho de que se pacte por las partes una prima, no convierte la opción en compraventa²⁶³.

Como quiera que el Código Civil no prevé esta figura de manera expresa, serán de aplicación las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, especialmente el artículo 1255 CC (sobre la autonomía de la voluntad) y el 1154 CC (que autoriza la resolución del contrato en caso de incumplimiento por parte del beneficiario²⁶⁴). El contrato de opción viene recogido en el artículo 14 RH²⁶⁵.

Se trata de una figura de elaboración jurisprudencial, así se cita por su claridad la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1995 (Roj: STS 10234/1995-) que dice: "... la opción de compra es una figura sui generis con sustantividad doctrinal propia, (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1922), su concepto, de construcción jurisprudencial, está perfectamente delimitado ya que consiste en conceder al optante, la facultad

²⁶³ Sentencia del Supremo de 11 de octubre de 1999 - Roj: STS 6365/1999 -.

²⁶⁴ Cfr. DE CASTRO, J., "Contestaciones de derecho civil...", op. cit., pág. 75.

²⁶⁵ Artículo 14 RH: *«Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:*

Convenio expreso de las partes para que se inscriba.

Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.

Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años.

En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.».

exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción, oportunamente, se extingue y queda consumado y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, ya que basta para la perfección de la compraventa con el optante, que se le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción (Sentencias, entre otras de 13 de noviembre y 22 de diciembre de 1992) (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1994). Y también consta, con semejante claridad, que el plazo pactado como de caducidad para el ejercicio o decadencia, en su caso del derecho a optar, no se confunde con el plazo para el ejercicio con la acción ante los Tribunales, pues el optante hace uso de la opción cuando utiliza alguno de los medios legalmente hábiles y eficaces para que su declaración de voluntad, dentro del plazo llegue al conocimiento del concedente u optatario (entre dichos medios se encuentra obviamente el requerimiento notarial, según resulta entre otras de la Sentencia de 1 de diciembre de 1992) y, sin embargo, si ello no puede producirse porque éste obstaculiza o impide que dicha comunicación llegue a su poder ha de entenderse cumplido el expresado requisito (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992)”. Con independencia de su carácter real (si se trata de opción inscrita), o personal (en los demás casos)²⁶⁶, la

²⁶⁶ Cfr. DE CASTRO, J., “Contestaciones de derecho civil...”, op. cit., pág.s

doctrina más significativa considera el contrato de opción como modalidad del contrato de promesa o precontrato²⁶⁷.

Para la jurisprudencia se trata de una figura “atípica y sui generis, con sustantividad propia, cuya fuente reguladora habrá que buscarla en la voluntad de las partes, según dispone el artículo 1255 CC y subsidiariamente en la creación jurisprudencial²⁶⁸”.

75 y 76.

²⁶⁷ Coincidimos con la tesis mantenida mayoritariamente por la doctrina. De esta forma, en relación con la aplicación de la Ley 57/1968, entendemos que será perfectamente aplicable dicha Ley en el supuesto de que se opte definitivamente por adquirir la vivienda en tanto que entendemos que, siempre y cuando finalmente se opte por adquirir la vivienda para uso personal –como domicilio o residencia ya permanente ya temporal-, estaremos ante el requisito esencial para que resulte de aplicación la Ley 57/1968).

²⁶⁸ Cfr. Las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre, 1 y 22 de diciembre de 1992 (referencias Roj: STS 8787/1992 y Roj: STS 18800/1992-), y 4 y 14 de febrero de 1995 (referencias Roj: STS 10192/1995 y Roj: STS 10234/1995-)

De la STS de 1 de diciembre de 1992 -Roj: STS 8787/1992-, extractamos del Fundamento de Derecho 2º, lo siguiente: “Sabido es que la opción de compra no aparece regulada específicamente en el Código Civil, aunque tenga reconocido su aspecto registral en el art. 14 del Reglamento Hipotecario, teniendo declarado esta Sala, que debe entenderse como tal, aquel convenio por virtud del cual, una parte concede a la otra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante. Así pues constituye sus elementos principales: la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra; la determinación del objeto; el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición; y la concreción de un plazo para el ejercicio de la misma; siendo por el contrario elemento accesorio el pago de una prima; o como tiene resumido esta Sala: " en el contrato de opción de compra, la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente el que se perfeccione o no" (sentencias 16-4-1.979; 4-4-1.987; 9-10-1.987; 24-10-1.990; 24-1, 28-10 y 23-12 1.991; etc.). Al tratarse de un contrato atípico, la principal fuente de su regulación habrá que ir a buscarla en la voluntad de las partes, según dispone el artículo 1.255 del Código Civil, y subsidiariamente en la creación jurisprudencial que reconoce su naturaleza”.

En cuanto a los efectos del contrato de opción, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia, en el tiempo que esté vigente el derecho de opción, el concedente deberá abstenerse de celebrar negocio jurídico alguno que impida su oportuna efectividad. En el supuesto de contravención de dicha prohibición y si el derecho del optante hubiere accedido al Registro, si la opción hubiera sido utilizada en tiempo, su ejercicio comportará la cancelación de los asientos posteriores que se opongan a ella, incluso de los embargos, sin necesidad de mandamiento judicial²⁶⁹.

Adviértase que en algún caso, el Tribunal Supremo ha asimilado la opción de compra a precontrato de compraventa. En este sentido, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1995 - Roj: STS 5342/1995-.

²⁶⁹ Se cita por todas la Resolución de 27 de septiembre de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Cieza n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de ejercicio unilateral de opción de compra. TOL4.529.416 «4. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (ver por todas Resolución de 18 de mayo de 2011 y demás citadas en los «Vistos») que una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la *cancelación* de las cargas que hubiesen sido inscritas con *posterioridad* al reflejo registral del mismo - en este caso existe una hipoteca-, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. En definitiva, cuando este derecho de adquisición preferente se ejercita debidamente y su titular se convierte en propietario de la finca objeto del mismo, lo que procede, es la *cancelación* de los derechos que se resuelven tal como exige el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria, de modo que la *cancelación* de las hipoteca es sólo una inevitable consecuencia de la extinción del derecho hipotecado. Ahora bien, para ello es necesario, como regla general, el depósito del precio pagado a disposición de los titulares de las cargas *posteriores* (cfr. artículo 175.6 Reglamento Hipotecario).

En efecto, aun cuando ni la Ley Hipotecaria ni su Reglamento regulan la *cancelación* de los derechos reales, cargas y gravámenes extinguidos como consecuencia de la consumación del derecho de opción, esta cuestión ha de ser resuelta teniendo en cuenta los principios generales, y en especial los hipotecarios, que informan nuestro ordenamiento jurídico, como ya se puso de manifiesto en la Resolución de 7 de diciembre de 1978. En el mismo sentido, al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de

El ejercicio de la acción comporta por parte de optante una declaración de voluntad recepticia dirigida al concedente (y como tal ha de llegar a su conocimiento). Este requisito se tendrá por cumplido cuando el destinatario de la comunicación se niega a recibirla o procede deslealmente para obstaculizar que llegue a su destino²⁷⁰.

La perfección del contrato depende de modo exclusivo de la decisión del optante (bastando una mera manifestación de voluntad del beneficiario que sea notificada al optatario, para que se tenga por consumada la opción). Y, en caso de realizarse dentro de plazo obliga al titular promitente al cumplimiento (y no lo podrá impedir).

A los efectos del contrato de opción referidos, podemos añadir que: si se trata de opción de compra y el derecho no está caducado, su ejercicio no impone necesariamente que se haga el pago del precio simultáneamente (a no ser que se hubiera pactado así expresamente) ²⁷¹ ; el derecho de opción es transmisible por herencia²⁷²; si la transmisión de la opción se produce por medio de

derechos *posteriores* inscritos en la medida en que deben sufrir la *cancelación* del *asiento* sin su concurso, se requiere -como indicó la mencionada Resolución- que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos, máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con la falta de garantías que ello podría implicar para los terceros afectados».

²⁷⁰ Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1981 y 22 de diciembre de 1992, entre otras.

²⁷¹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1992 - Roj: STS 717/1992.

²⁷² Vid la sentencia del Tribunal Supremo de 12 julio 1956. RJ 1956\2483.

actos inter vivos será indispensable el consentimiento del optatario o promitente en su condición de contratante cedido²⁷³; el derecho

Establece el Alto Tribunal en la indicada sentencia que: «Que los derechos y obligaciones que determina el contrato y el derecho de opción, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia que lo admite, como por las disposiciones generales de las obligaciones y contratos, son transmisibles al igual que los de los demás, dado su carácter eminentemente patrimonial, salvo pacto claro y evidente, y, por tanto como en el caso de autos no hay razón para entender celebrado el contrato con limitación alguna a ese respecto es indudable que doña Saturnina A. y lo mismo los recurrentes, contrataron entre sí para ellos y sus sucesores, cual lo aprecia la Sala de instancia, con lo que queda definitivamente quebrantado el segundo motivo».

²⁷³ Vid la sentencia del Tribunal Supremo núm. 640/2007 de 8 junio de 2007. RJ 2007\3465. Mantiene el Alto tribunal que: «El error de base de la parte recurrente es creer que por haber pagado como fiador del arrendatario financiero tiene derecho no sólo a exigirle el reintegro de lo pagado, convirtiéndose en su acreedor como se desprende de las normas que cita, sino también a desposeerle de los bienes arrendados y de su opción de compra sin contar con su voluntad e incluso en contra de la misma; es decir, como si el fiador de un inquilino que pague rentas adeudadas por éste pretendiera tener derecho no sólo al reintegro de lo pagado sino también a desalojarle de la vivienda para ocuparla él. Resulta, así, una importante confusión conceptual que induce a la parte recurrente a invocar normas que la autorizarían a asumir la posición acreedora de las arrendadoras financieras respecto de las cuotas mensuales que pagó como fiadora para, en cambio, querer subrogarse no en la posición acreedora sino en la deudora, aunque con los derechos que ésta también ostenta en virtud de la bilateralidad y reciprocidad de las relaciones jurídicas nacidas de los dos contratos de arrendamiento financiero. Y tal confusión tiene su raíz precisamente en no haber advertido que, como atinadamente señala el tribunal sentenciador, lo materialmente pretendido en la demanda no era una subrogación en los derechos del acreedor, ni tampoco una sustitución del deudor en cuanto a sus obligaciones pendientes, sino una cesión del contrato en el sentido de suceder la actora a la arrendataria financiera no sólo en todas sus obligaciones dimanantes de los respectivos contratos sino también en sus derechos. Se precisaba, por tanto, el consentimiento de la arrendataria para que derechos tan característicos del contrato de arrendamiento financiero como el uso del material arrendado y el ejercicio de la opción de comprarlo al vencimiento del plazo contractual, pasaran a otro sujeto distinto, pues como ha señalado la jurisprudencia el rasgo que más claramente distingue la cesión del contrato de la cesión de créditos o la asunción de deuda es el de versar sobre un contrato de prestaciones recíprocas, razón por la cual se exige la conjunción de tres voluntades contractuales (las de cedente, cesionario y cedido) como determinante de su eficacia (SSTS 28-4-03 [RJ 2003,

de opción se extingue por las causas generales de la obligaciones²⁷⁴ y, la falta de ejercicio del derecho de opción en el plazo pactado extingue el derecho y no cabe prorrogar sus efectos²⁷⁵.

3547] , 27-11-98 [RJ 1998, 8781] y 5-3-94 [RJ 1994, 1653] , con citas a su vez de otras muchas), habiéndose inclinado la jurisprudencia por esta figura más que por la cesión de crédito y la asunción de deuda simultáneas (SSTS 5-12-00 [RJ 2000, 9329] y 9-12-99 [RJ 1999, 8535]). En suma, como señala la sentencia de esta Sala de 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 5394), la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de sus sujetos y la permanencia objetiva de la relación contractual, implicando la transmisión de la relación contractual en su integridad y, por tanto, que al nuevo sujeto pasen no sólo las obligaciones sino también los derechos del primitivo».

²⁷⁴ Vid la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 2011 - Roj: STS 2484/2011-.

²⁷⁵ Como podemos leer en Tirant lo Blanch, Ed. Electrónica, «La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando los caracteres y requisitos de la opción de compra, que consiste en conceder al optante mediante cláusula inserta en el contrato la facultad exclusiva de prestar su consentimiento en el plazo contractualmente señalado a la oferta de venta, que por el primordial efecto de la opción es vinculante para el promitente, quien no puede retirarla durante el plazo aludido, y una vez ejercitada la opción oportunamente se extingue y queda consumada y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, sin que el optatario o concedente pueda hacer nada, en casos como el debatido, para frustrar su efectividad, pues basta para la perfección de la compraventa con el optante, como en el caso discutido se ha probado, que le haya comunicado la voluntad de ejercitar su derecho de opción. Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada el contrato de compraventa, éste queda sometido a su propia regulación aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina jurisprudencial, al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma, la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada». En ese sentido Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 3/04/2006 -Roj: STS 1835/2006-. Asimismo, Vid la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1999- Roj: STS 4499/1999-.

También se quiere hacer notar, que el plazo de la acción encaminada a la formalización del contrato definitivo se inicia desde que pudo ejercitarse, no desde la fecha del contrato de opción. Como señala VILAPLANA GARCÍA, C., en “Resumen Técnico: Opción. Plazo. Caducidad”, Tirant lo Blanch on line, Valencia, 2014, «No hay que confundir entre el plazo de ejercicio de la opción (de caducidad), que será el pactado por las partes, y el de la acción encaminada a

5. Contrato de Arras o de Señal

El acuerdo o convenio de arras es una cláusula contractual que se puede insertar en algunos contratos (especialmente en el de compraventa) y en virtud del cual una de las partes (el comprador) entrega a la otra una cantidad de dinero²⁷⁶.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, entiende las arras como un pacto accesorio al contrato de compraventa, y no como una figura negocial autónoma²⁷⁷. Esta accesoriedad motiva

proteger la opción ya ejercitada (normalmente, ante la negativa del concedente a formalizar la venta), que es de prescripción, y está sujeta al plazo general de quince años del art. 1964 CC. Por ello, pactado en 1969, en documento privado, un arrendamiento con opción de compra durante la duración de aquél y sus prórrogas, es admisible el ejercicio de la opción en 1988, durante una de las prórrogas del arriendo. (STS 29-5-96, BCERC-70, RCDI-643)».

²⁷⁶ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op. cit., págs. 104 y 114.

²⁷⁷ Vid. Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1996 -Roj: STS 7835/1996-, de la que destacamos lo siguiente: “El problema surge respecto a lo que ha de entenderse por señal, ya que los documentos referido”; no lo definen como precisión. Esta Sala de Casación Civil, en doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, viene declarando que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio (Sentencias de 31 de julio de 1992, 28 de septiembre de 1992, 24 de diciembre de 1992.3 11 de abril de 1994 y 15 de marzo de 1995, entre otras); lo que resulta procedente en relación al texto del art. 1.454 del Código Civil e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos, la interpretación de dicho precepto sustantivo llevada a cabo por esta Sala, en razón a su excepcionalidad y exigente interpretación restrictiva del clausulado contractual, viene a sentar que no se trata de norma de derecho necesario. Para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las misma resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir debe de hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados (Sentencias de 4 de noviembre de 1991, 3 de octubre de 1992, 11 de diciembre de 1.993, 21 de junio de 1994 y 25

que la ineficacia del contrato de compraventa acarree también la de la cláusula de arras.

La entrega de la cantidad de dinero en que consiste el pacto de arras puede obedecer a distintas finalidades según las partes configuren dicho pacto. En el derecho español se admiten tres tipos de arras:

De una parte, las arras confirmatorias: son aquellas cuya función consiste en confirmar la celebración del contrato, con la entrega por parte del comprador de una cantidad de dinero que, se entrega precisamente en concepto de arras. Cumple una función probatoria de la celebración del contrato y no se encuentran reguladas en el Código Civil, sí están previstas en el artículo 343 CCom.

En segundo lugar las arras penitenciales o de desistimiento: previstas en el artículo 1454 CC en los siguientes términos *«Si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas, o el vendedor a devolverlas duplicadas»*. Así las cosas, dichas arras representan el precio que establecen las partes para poder desvincularse del contrato válidamente celebrado.

de marzo de 1995), pues, en otro caso, cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador respetando la reglamentación del contrato ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado”.

Y por último las arras penales: el derecho español también prevé las arras como una pena anticipadamente entregada. Así lo reconoce el artículo 83 C.Com. La entrega de esta cantidad en concepto de arras penales no faculta a las partes para desligarse del contrato válidamente celebrado. El cumplimiento del contrato podrá ser exigido por cualquiera de las partes coactivamente, si así le conviene y continúa siendo posible.

Aunque ante el incumplimiento del comprador de la obligación de pago del precio, se entenderá que las cantidades entregadas en concepto de arras penales integran la pena convencional que las partes establecieron para el caso de incumplimiento – que sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios producidos, salvo que se haya pactado lo contrario –.

En caso de incumplimiento del contrato por parte del vendedor, las arras penales funcionarán también como garantía frente a dicho incumplimiento y el vendedor debería devolver dobladas las arras penales recibidas del comprador²⁷⁸.

²⁷⁸ Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “Comentario al artículo 1454”, en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid 1993, pág. 901.

Advierten BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y otros, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y otros, “Garantías del contrato de compraventa”, en *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, Epígrafe 12, que en el lenguaje coloquial se ha extendido el concepto de “contrato de arras” que se emplea en sentido incorrecto para hacer alusión al precontrato o, como sucede más frecuentemente, al contrato definitivo formalizado en documento privado, en el que tiene lugar el pago de una parte del precio -arras confirmatorias-, que normalmente desempeña además la función de precio de desistimiento en caso de que las partes no llegaran a firmar el contrato definitivo o no elevaran a documento público el acuerdo privado de voluntades.

Por lo que se refiere a la aplicación de las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, a los contratos de arras o señal, resulta meridiano que: siendo que, como hemos dicho, el contrato de arras es un pacto accesorio de otro contrato principal (normalmente de compraventa); que el contrato principal debe ser un contrato válido, en el que la ineficacia del contrato de compraventa determinará de manera irremediable la ineficacia del pacto de arras, las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, son perfectamente aplicables a los pactos de arras o señal²⁷⁹.

²⁷⁹ Nos remitimos al epígrafe 2.1 Contrato de compraventa de vivienda en construcción. de este Capítulo III. Del que se concluye que “la Ley 57/1968 se aplicará a todo tipo de negocios jurídicos en virtud de los cuales una persona pretenda adquirir una vivienda durante la construcción de la misma o antes de iniciarse ésta y tenga que entregar cantidades a cuenta. El negocio jurídico más típico que obedece a estos parámetros es la compraventa, y precisamente es en el ámbito de la compraventa en el que estaba pensando el legislador a la hora de instrumentar las garantías de devolución de cantidades anticipadas por el adquirente”.

CAPÍTULO V

OFERTA Y PUBLICIDAD DE VIVIENDAS

SUMARIO:

I. LA OFERTA DE VIVIENDAS. 1. *La distinción de la oferta con otras figuras afines. Publicidad. 1.1. Deber de informar en el supuesto de compraventa de viviendas. 1.2. De la renuncia de los derechos de los consumidores. 1.3. Respecto de las condiciones generales de la contratación. 2. Integración de la oferta en el contrato*

II. OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO, Y DA 1ª DE LA LOE (CONFORME A SU REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO) RESPECTO DE LA PUBLICIDAD PARA LA VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN

I. LA OFERTA DE VIVIENDAS

Con carácter previo a estudiar el tratamiento de la oferta y la publicidad en las leyes que analizamos en este trabajo, parece conveniente introducir brevemente una referencia a los conceptos genéricos de tales términos jurídicos.

La oferta contractual se define, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como la “declaración de voluntad dirigida por una de las partes, llamada oferente, a la otra u otras, conocidas como destinatarios, con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación”²⁸⁰.

²⁸⁰ Vid STS de 10 de octubre de 1980 (RJ 1980\3623) que define la oferta contractual como: “... una declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida a otros sujetos y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, surgiendo en consecuencia el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten...”. Asimismo, véase el F.J. 3º de la STS de 2 de febrero de 1990 (RJ 1990\652). Se destacan también las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26 diciembre de 1995 (AC 1995\2390) o de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de junio de 1993 (AC 1993\1896).

Por lo que se refiere a la opinión de los autores, véanse: DÍEZ PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato”, Civitas, Madrid, 1993, pág. 281; MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963, págs. 59 y siguientes; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones* vol. 2º, en *Teoría General del Contrato*, Bosch, Barcelona, 1987, pág. 89.

Por su parte, la Convención de Viena (Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de Viena 1980) se pronuncia en similares términos a la definición doctrinal de la oferta en el ámbito nacional, ya que el párrafo primero del artículo 14 de la Convención de Viena establece como oferta aquella propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Repárese en que el objeto de nuestro trabajo no coincide con el que es

En nuestro sistema jurídico la oferta contractual se desarrolla durante la fase denominada de generación del contrato, ya que esta “comprende los preliminares o proceso interno de formación del contrato”²⁸¹. La oferta contractual se integra, por tanto, en la fase de "formación del contrato"²⁸², que comprende los actos que

objeto de regulación por parte de la indicada Convención y ello por cuanto esta última se refiere a mercaderías en el ámbito internacional mientras que las leyes a las que hacemos referencia en este trabajo, referidas a la regulación de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Ley 57/1968, de 27 de julio y la DA 1ª LOE, conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) se refieren exclusivamente a la construcción y venta de viviendas en el ámbito nacional (español). No obstante lo cual, llama la atención que la indicada Convención de Viena siga la línea marcada por la definición doctrinal de la oferta en el ámbito nacional español.

²⁸¹ Véase el epígrafe 6 del Capítulo III de este trabajo “6. Aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en la fase de formación del contrato: tratos preliminares y contratación previa de la formación del contrato”, en el que se cita a CASTAN TOBENAS, J., *Derecho civil español común y foral (...)*, op cit., págs. 59 a 594; en el mismo sentido se cita igualmente a PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho Civil*, op cit., págs. 21 y siguientes.

²⁸² En cuanto a la formación de los contratos en nuestro derecho comparado, haremos referencia de una parte al ordenamiento suizo: su elemento constitutivo es el consentimiento de las partes sobre el mismo. Dicho acuerdo se forma por la concurrencia de la oferta y la aceptación. Además, el mismo puede ser extenso, incluso pueden constar en él los detalles de los deberes de los partes contrayentes o las consecuencias de situaciones hipotéticas, o puede ser muy limitado. Vid. DESSEMONTET, F. AND ANSAY, T., *Introduction to swiss law*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pág. 108.

Por lo que se refiere al sistema jurídico italiano, se debe acudir al artículo 1326 CCit. que regula la formación del contrato al establecer que el contrato se forma en el momento cuando el que hizo la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte. En relación con este precepto el propio Código civil italiano, concretamente en el artículo 1335 CCit., establece en qué momento se entiende conocida por el destinatario la aceptación.

preceden a la perfección del mismo, y que se lleva a cabo precisamente con esta finalidad”²⁸³.

En el ordenamiento jurídico español, la formación del contrato viene dada por la convergencia de la oferta y aceptación como método para la formación del mismo, necesitándose ambas recíprocamente para integrar el consentimiento contractual, en virtud del artículo 1262 CC, en consonancia con los artículos 54 y 55 CCom.

1. La distinción de la oferta con otras figuras afines. Publicidad

Debemos distinguir entre el concepto de oferta y figuras afines como la publicidad. Para ello, partiendo del concepto de oferta²⁸⁴ al que hemos hecho referencia en profundidad en este capítulo, epígrafe 1, debemos aproximarnos a la noción de publicidad. Para ello se debe acudir a la normativa reguladora de la publicidad, concretamente, a la Ley 34/1988, General de Publicidad, de 11 de noviembre²⁸⁵, que, en su artículo 2, define la

²⁸³ Cfr. DIEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho civil...”, op cit., pág. 199.

²⁸⁴ Se aporta la definición de oferta aceptada pacíficamente por doctrina y jurisprudencia en España, en el epígrafe 1 de este capítulo: “declaración de voluntad dirigida por una de las partes, llamada oferente, a la otra u otras, conocidas como destinatarios, con el fin de concluir un contrato una vez se reciba la aceptación”.

²⁸⁵ La citada normativa vino a sustituir a la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprobó el Estatuto de la Publicidad que hacía referencia, en su artículo 2, a la actividad publicitaria como *“toda divulgación para dirigir la atención del público*

publicidad como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”²⁸⁶.

Por tanto, el fin de la publicidad es fomentar directa o indirectamente la perfección de un determinado contrato²⁸⁷.

En el mismo sentido, aunque con ligeras variaciones, se pronuncia el legislador comunitario en el párrafo primero del artículo 2 de la Directiva 84/450/CE, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa²⁸⁸, en la que se dice que publicidad es “*toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*”.

o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación”.

²⁸⁶ Se debe especificar, que la citada definición, como tal, se refiere a los efectos de dicha Ley y, en ningún caso, se está dando un concepto genérico de publicidad. No obstante, se toma como referencia la misma, puesto que, a semejanza de lo que ocurre cuando se oferta un producto con la voluntad de contratación, la Ley General de Publicidad limita el concepto de publicidad al ámbito comercial, como ya se expondrá más adelante.

²⁸⁷ MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 92.

²⁸⁸ Debemos puntualizar que la citada Directiva fue posteriormente modificada por la Directiva 97/55/CEE, de 6 de octubre de 1997, a fin de dar cabida en la misma a la publicidad comparativa.

Tras analizar la ley española y la directiva comunitaria en materia de publicidad, a pesar de las mínimas diferencias que se pueden apreciar²⁸⁹, se puede concluir que ambas normativas se refieren a la denominada “publicidad comercial”²⁹⁰, en ningún caso a la propaganda de carácter religioso, político, social o publicidad institucional²⁹¹, ya que si el objetivo de la regulación sobre publicidad se centra, tanto en la defensa de los consumidores y usuarios, como en el respeto a la libertad de empresa, únicamente

²⁸⁹ Por lo que se refiere a las pequeñas disconformidades de las citadas normativas, se pueden señalar, a modo de ejemplo, las siguientes:

1.La Ley española especifica que el sujeto que realiza la comunicación puede ser tanto público como privado, por su parte, la Directiva únicamente hace referencia al término “sujetos” en general.

2.Mientras que la Directiva señala la promoción de suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones; la Ley española se refiere a la contratación de muebles, inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, tanto de forma directa como indirecta.

²⁹⁰ MARTÍN GARCÍA, M.L., *La publicidad. Su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 29 y ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 678.

²⁹¹ La publicidad institucional se diferencia de la publicidad comercial en el carácter no comercial del mensaje y en el carácter no empresarial del anunciante. Vid. SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Comares, Granada, 1999, pág. 461. Asimismo, para un mayor abundamiento en el estudio de la publicidad institucional, véase también a GARCÍA INDA, A., “Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas”, Cuadernos de derecho público, núm. 12, Ministerio de las Administraciones Públicas, 2001, págs. 151 a 170. Por último, respecto de la publicidad institucional y su regulación legal, se debe afirmar que es escasa, puesto que, junto con la Ley estatal 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, actualmente sólo tres Comunidades Autónomas han promulgado leyes al respecto. Vid. la Ley 5/1995, de 6 de noviembre, reguladora de la publicidad institucional en Andalucía, la Ley 7/2003 de 20 de marzo, de publicidad institucional de la Comunidad de Valencia y la Ley 16/2003 de 24 de marzo, sobre publicidad institucional de la Comunidad de Aragón.

la publicidad comercial se incardina en ese contexto de tráfico mercantil²⁹².

Se ha tomado como referencia la legislación básica de publicidad a los efectos de definir jurídicamente el concepto de la misma y poder así trazar sus diferencias con la oferta contractual, si bien es lo cierto que existe una amplia regulación específica en la materia. Se han promulgado disposiciones específicas para la publicidad en distintos sectores²⁹³.

Para distinguir entre publicidad y oferta contractual, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el epígrafe 1 de este capítulo sobre el concepto de oferta contractual. Por tanto, el proceso lógico deductivo para conseguir dicho objetivo sería, en primer lugar, determinar si el mensaje publicitario contiene todos los elementos

²⁹² BANDO CASADO, H. C., *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1991, pág. 54. Véanse también los Considerandos 2 y 5 de la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa y el punto tercero de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

²⁹³ Entre otras, cítese, a modo de ejemplo, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco; la Ley 25/1994, de 12 de julio por la que se incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; la Resolución de 22 de enero de 2001, de la Dirección General del Ente Público Radiotelevisión Española, por la que se hacen públicas las normas reguladoras de la emisión de publicidad por “Televisión Española, Sociedad Anónima”, etc...

esenciales del contrato, puesto que si no están presentes se tratará de una mera actividad publicitaria encuadrable en los tratos preliminares²⁹⁴; y si, por el contrario, contiene todos los elementos esenciales, en segundo lugar, se deberá apreciar si existe el ánimo de contratar del oferente, ya que recuérdese que no es suficiente que existan los elementos objetivos en una propuesta para que ésta sea considerada oferta, sino que es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo. Si en la publicidad no está presente este último elemento intencional, se estará, a pesar de tener los elementos esenciales del futuro contrato, ante unos tratos preliminares²⁹⁵.

Frecuentemente para averiguar, dentro de las numerosas clases de publicidad, si un mensaje publicitario es estrictamente publicidad o puede ser calificado como oferta, debe acudirse al caso concreto y será valorado por los Tribunales. No obstante, se tiende a realizar clasificaciones generales²⁹⁶. Por ejemplo, en cuanto

²⁹⁴ Concretamente la publicidad tendría la consideración de etapa de apertura de los tratos preeliminares o *invitatio ad offerendum*. Vid. DIEZ-PICAZO, L., “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, op cit., pág. 303.

²⁹⁵ GÓMEZ LA PLAZA, C., “Artículo 1262”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.XVII, Vol. 1º-b, Edersa, Madrid, 1993, págs. 60 y 61.

²⁹⁶ En los sistemas de la common law sucede algo similar. Por ejemplo, se ha deducido de los casos ingleses que el despliegue de género que esté marcado con un precio para la venta en una tienda normalmente es una invitación para tratar. Véase la decisión *Harvey v. Facey*, (1893). En relación a los catálogos se entiende simplemente que es una actividad para inducir a obtener ofertas. Cfr. la decisión *Spencer v. Harding* (1870). Del mismo modo sucede en el ordenamiento suizo. No obstante, en este último, el envío de listas de precios se contempla específicamente en el artículo 7 III del Código Civil suizo como invitación para hacer ofertas. Vid. DESSEMONTET, F. AND ANSAY, T. “Introduction to swiss law”, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pág. 109.

al envío de catálogos, folletos publicitarios, listas de precios, entre otros, son considerados, para algunos autores, como publicidad²⁹⁷.

En sentido opuesto, se debe señalar que el artículo 2:201(3) de los Principios de derecho contractual europeo entiende que la propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías debe considerarse como oferta.

1.1. Deber de informar en el supuesto de compraventa de viviendas

Los legisladores autonómicos, junto al establecimiento del deber de informar que se acaba de señalar, consideraron la necesidad de que se aumentara el nivel de exigencia y se concretara el citado deber genérico en el supuesto específico de la adquisición de viviendas por las particulares características que ofrece, a través de la inclusión de forma obligatoria de unos extremos necesarios que debe conocer el consumidor que acceda al mercado inmobiliario²⁹⁸, entre otros extremos:

-Las características constructivas.

²⁹⁷ SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, pág. 78.

²⁹⁸ Vid. el artículo 16 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías de Euskadi; el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley 5/1985, de 8 de julio de defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía; el artículo 10 de la Ley 3/1993, de 5 marzo, Estatuto del consumidor de Cataluña y el párrafo segundo del artículo 13 de la Ley 3/2003, de 12 febrero Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

-Las características propias de todas las instalaciones.

-La descripción de los materiales utilizados y el grado de aislamiento térmico y acústico de la vivienda.

-Las condiciones económico-financieras de la compraventa, como, precio, forma de pago y garantía de la vivienda y de las cantidades entregadas a cuenta.

-Las servidumbres, cargas y gravámenes que le afectan.

-Las instalaciones de los servicios de todo tipo, tanto individuales como comunitarios, así como las instrucciones de uso, mantenimiento y conservación, etc...

Véase que el legislador ha mostrado en numerosas normas su preocupación para que la publicidad de la venta de viviendas se ajuste totalmente a la realidad del producto que se pretende vender. Así a título general (aplicable no sólo a viviendas sino a cualquier bien mueble o inmueble), destacamos el artículo 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en su versión vigente entre 28/01/2005 a 01/01/2010)²⁹⁹, que consideraba engañosa la publicidad que *“de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo*

²⁹⁹ El tenor literal del artículo 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad en su versión vigente desde 29/03/2014, se refiere a la publicidad subliminal, y es en el artículo 3 de la versión vigente de la Ley, en la que en sede de publicidad ilícita, señala, en su letra e) que *“La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”*.

afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor.

Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

En cuanto a la regulación de los requisitos exigibles en la publicidad de viviendas, destacamos el Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que en su artículo 3 dice: *“1. La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma.*

2. Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la 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”.

Por lo que se refiere al concreto supuestos que estudiamos en este trabajo (Ley 57/1968, de 27 de julio), en el artículo 5 de la citada Ley se establece: *“será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la*

presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice”.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece los datos que deben constar necesariamente documentados en los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo primero de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas: « (...) a) *Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el seis por ciento de interés anual 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.*

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la denominación de la Entidad avalista o aseguradora.

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 (...).».

En el caso de la regulación dada por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, véase que se exige en esa normativa, en relación con la

información contractual (apartado Tres de la Disposición adicional primera de la LOE, conforme Ley 20/2015, de 14 de julio), que:

«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 faculden 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 (...).»³⁰⁰.

³⁰⁰ Del tenor literal de la norma introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, se evidencia que el legislador aumenta las exigencias impuestas al promotor de viviendas que pretenda recibir anticipos a cuenta del precio. Así refuerza las exigencias impuestas al mismo respecto de la información facilitar al consumir-adquirente, en el sentido de incluir en el apartado Tres de la Disposición adicional de la LOE, de manera expresa, las exigencias impuestas al mismo conforme a la nueva redacción de las “cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”. Véase que en el apartado a) de dicho precepto se identifican los supuestos en los que el promotor deberá devolver al

A diferencia de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 57/1968, en el apartado Tres de la Disposición Adicional Primera de la LOE, (conforme Ley 20/2015), se exige además de lo que ya se requería en la Ley 57/1968:

- que se haga referencia a la cuenta especial específica en la que se deberán ingresar los anticipos a cuenta (lo que no se decía de modo expreso en la Ley 57/1968);

- y además se advierte que el promotor, 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 faculden para la ocupación de la vivienda, de que deberá devolver al adquirente que haya realizado entregas a cuentas del precio para la adquisición de la vivienda, además del importe adelantado junto con los correspondientes intereses legales (ya no se habla como en el art. 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, el seis por ciento de interés anual³⁰¹); y los impuestos aplicables. En la

adquirente las cantidades anticipadas; asimismo se concreta que deberá también devolverse los intereses legales. Y adviértase que, aun cuando no se dice de manera expresa, tal y como ya comentamos en su momento, entendemos que también deberá ser objeto de devolución el importe anticipado en concepto de IVA.

Por su parte el apartado b) de dicho precepto, exige que se haga referencia al contrato de seguro o aval bancario aportado, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista.

Y por último el apartado c) del repetido precepto exige que se haga referencia a 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.

³⁰¹ Esto es así, porque desde la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de

redacción de la Ley 57/1968, de 27 de julio, no se hacía mención alguna a los impuestos.

1.2. De la renuncia de los derechos de los consumidores

De manera análoga a lo establecido por el artículo 10 TRLGDCU, se establece la nulidad de pleno derecho como sanción a la renuncia previa a los derechos reconocidos a consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, así como todo pacto en contrario a sus normas imperativas o prohibitivas³⁰².

1.3. En relación con las condiciones generales de la contratación

Las Administraciones Públicas de las diferentes Comunidades Autónomas promoverán acciones que garanticen la eliminación, en las condiciones generales de contratación, de las cláusulas abusivas

noviembre, de la Edificación, a la Disposición adicional primera letra c), se establece 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*».

³⁰² Vid. el artículo 7.2. de la Ley 11/2005, de 15 diciembre, Ley del Estatuto del Consumidor de Cantabria; el artículo 5 de Ley 5/1985, de 8 de julio de defensa de los consumidores y usuarios de Andalucía y el artículo 5 de la Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana. No obstante, el artículo 6 de la Ley 3/1993, de 5 marzo, Estatuto del consumidor de Cataluña, aunque establece en la letra b) que el Gobierno velará por la aplicación de la legislación vigente con la finalidad de que los consumidores estén protegidos contra la práctica abusiva de la contratación, especialmente en relación a las prácticas que conllevan la exclusión en los contratos de los derechos irrenunciables, no señala en ningún momento la nulidad como sanción cuando dicho supuesto se produjera.

o contra la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones³⁰³.

Del mismo modo, adoptarán las medidas necesarias para que las condiciones generales de los contratos no contengan cláusulas que sitúen a los consumidores en una posición de desequilibrio³⁰⁴.

³⁰³ Vid. la letra i) del artículo 9 de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias de Euskadi; el artículo 9 de la Ley 2/1987, de 9 abril, Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana y la letra f) del artículo 6 de la Ley 3/1993, de 5 marzo, Estatuto del consumidor de Cantabria. En particular, respecto a las cláusulas abusivas en la contratación bancaria hace alusión a las mismas la letra d) de la Ley 3/1993, de 5 marzo, Estatuto del consumidor de Cataluña. En relación a las operaciones de crédito, el artículo 13.1 de Ley 3/2003, de 12 febrero, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias, también les presta especial atención. Asimismo, debe mencionarse que, aunque hayan legislaciones autonómicas que no mencionan como tal el concepto cláusula abusiva, como la Ley 11/2005, de 15 diciembre, Ley del Estatuto del Consumidor de Castilla La Mancha, en el artículo 11, se hace referencia a que se tengan por no puestos los pactos contractuales que infrinjan, en perjuicio del consumidor, los precios máximos legal o reglamentariamente establecidos o a que no se les exija el cumplimiento de obligaciones contenidas en las condiciones generales de la contratación o cláusulas no negociadas individualmente, cuando éstas no se incorporen al contrato.

³⁰⁴ Vid. el artículo 11 de la Ley 11/1998, de 9 julio, normas reguladoras sobre protección del consumidor de la Comunidad de Madrid; la letra p) del artículo 11 de la Ley 11/2005, de 15 diciembre, Ley del Estatuto del Consumidor de Castilla La Mancha y el artículo 10, párrafo segundo, de la Ley 3/2003, de 12 febrero, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias. En relación a la normativa aragonesa se debe afirmar que, aunque no hace referencia expresa a las condiciones generales de la contratación, se puede deducir que está implícita en el artículo 14 de la Ley 8/1997, de 30 octubre, que aprueba el Estatuto del Consumidor y Usuario cuando señala que las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón velarán por la aplicación de la legislación vigente en materia de protección contra los abusos contractuales.

2. Integración de la oferta en el contrato

Al igual que establecía el artículo 61 TRLGDCU, los distintos textos normativos autonómicos han establecido que los consumidores en relación a la oferta, promoción o publicidad, tendrán el derecho a exigir los datos, características y condiciones que se hayan incluido en las mismas.

No obstante, si el contrato contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad³⁰⁵.

II. OBLIGACIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY 57/1968 Y EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN, SEGÚN REDACCIÓN DADA POR LA LEY 20/2015, RESPECTO DE LA PUBLICIDAD PARA LA VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, como se ha indicado, dedica su artículo quinto a la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a

³⁰⁵ Vid. el artículo 11 de la Ley 11/2005, de 15 diciembre, Ley del Estatuto del Consumidor de Castilla La Mancha y el artículo 10 de la Ley 3/2003, de 12 febrero, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias.

cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción.

Es evidente que la Ley 57/1968, de 27 de julio, en su artículo 2, establece la obligación de hacer constar en el contrato privado de compraventa determinadas menciones, coincidentes en esencia con aquellas que el artículo 5 de la misma Ley exige que se hagan constar en la publicidad. El propósito del legislador “fue el de potenciar el conocimiento de los compradores acerca de la existencia de esta Ley y de los derechos que con carácter irrenunciable la norma les concede³⁰⁶”.

Por lo que se refiere a pronunciamientos de los tribunales en relación con la infracción de las exigencias del artículo 5 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, destacamos por todas la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, de 10 octubre de 2005³⁰⁷ -AC 2005\1721-, por su claridad.

³⁰⁶ Así lo entiende ESTRUCH ESTRUCH, J., en “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, *ídem*, op cit., pág. 336. El referido autor, en la obra citada, puntualiza que seguramente, por parecido propósito, el artículo 12.1 del Decreto 218/2005 de la Comunidad de Andalucía, de 11 de octubre, sobre información a suministrar al consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda, exige en su artículo 12. Cartel Informativo, que:

« 1.Todos aquellos establecimientos en los que se realice la actividad empresarial o profesional de venta o arrendamiento de viviendas deberán exhibir al público un cartel con la leyenda “El consumidor tiene derecho a que se le entregue una copia del correspondiente Documento Informativo Abreviado de la vivienda” ».

³⁰⁷ En su Fundamento de Derecho primero, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, de 10 octubre de 2005 -Roj: SJM SE 63/2005- recoge lo siguiente: «La asociación actora funda su alegación de ilicitud de la publicidad realizada por la demandada en varias razones. La primera de ellas es

la falta de referencia a las menciones exigidas por el art. 5 de la Ley 57/1968, de 27 de julio (...)

La demandada admite la falta de tales menciones en su publicidad, pero alega que ha dado cumplimiento a las exigencias de carácter sustantivo establecidas por tal Ley (...), por lo cual carece de relevancia la falta de menciones al respecto en la publicidad (...)

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 art. 5».

En su Fundamento de Derecho SEGUNDO establece la sentencia que: «El segundo motivo por el que se califica de ilícita la publicidad realizada por la demandada consiste en no mencionar si el edificio se encuentra en construcción o ya construido.

Establece el art. 2 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril: Sin perjuicio del cumplimiento de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, toda oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se ajustará a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando siempre si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido.

La exigencia de la norma transcrita es clara, y el incumplimiento de la misma por la publicidad realizada por la demandada también es patente. Los términos tajantes en que se realiza tal exigencia («expresando siempre...») no permiten admitir argumentos como los utilizados por la demandada sobre el carácter implícito de la mención de estar el edificio en construcción, tanto más cuando no puede entenderse sobreentendida tal mención, sino más bien la contraria, es decir, que el edificio está ya construido («En La Algaba se encuentra el edificio Los Leones...»).

Y destáquese también el Fundamento de Derecho TERCERO que dice: «El otro motivo de impugnación es el de incluir en el anuncio la siguiente mención: «La información contenida en este anuncio es orientativa, la propiedad se reserva el derecho a efectuar cambios en la promoción». Basa la actora su consideración de ilegalidad de esta mención publicitaria en que conforme a ella la publicidad puede no ajustarse a las verdaderas características de la vivienda y en que pretender atribuirse el carácter de orientativa y no contractual es ilegal conforme al art. 3 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril.

Efectivamente, es contrario a Derecho pretender que la publicidad de viviendas en primera venta es meramente orientativa y que el promotor puede

entregar finalmente unas viviendas de características distintas a las publicitadas. Y lo es porque contradice el tenor del art. 3 del citado Real Decreto, referido específicamente a la vivienda y, con carácter más general, del art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), así como la jurisprudencia que, de modo reiterado y uniforme, ha atribuido carácter vinculante a la oferta publicitaria.

Que la promoción se esté o no realizando conforme a lo ofertado publicitariamente es irrelevante a efectos de la acción ejercitada. No se está reclamando por un comprador que la vivienda que ha comprado se le entregue en los términos que resulta de la publicidad, en cuyo caso sería relevante comprobar si se han variado las características ofertadas. Se está ejercitando una acción por publicidad ilícita, y en tanto la publicidad no respeta las exigencias que resultan de los preceptos legales y reglamentarios reseñados, infringiéndolas de modo claro, ha de considerarse ilícita por aplicación del art. 3.e de la Ley General de Publicidad y engañosa en virtud de lo dispuesto en el art. 3.c en relación al art. 4 de dicha Ley, puesto que puede inducir a error al destinatario.

Ha de recordarse que el carácter engañoso no resulta del carácter efectivo y actual del engaño (lo que ocurriría si las características de las viviendas hubieran cambiado respecto de lo publicitado), sino que basta con que el engaño sea potencial, como ocurre cuando el anunciante, en letra por otra parte casi ilegible extendida en el borde izquierdo del anuncio de abajo a arriba, se reserva la facultad de modificar las características del producto anunciado, con lo cual existe el riesgo de que el producto que se adquiera sea distinto que el ofertado, produciéndose de este modo un engaño potencial del destinatario de la publicidad.

Además de las sentencias citadas en la demanda, el propio autocontrol publicitario realizado por el Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol), asociación sin ánimo de lucro compuesta por anunciantes, agencias, medios de comunicación y otras empresas de servicios a la comunicación comercial, que en conjunto representan más del 80% de la inversión publicitaria española, así como por diversas asociaciones empresariales (<http://www.autocontrol.es/>) ha considerado este tipo de publicidad contrario a la legalidad y al principio de buena fe, y así, en la resolución de la Sección Primera del Jurado de la Publicidad de 19 de mayo de 2005 estimó la reclamación presentada por una Asociación contra la Inmobiliaria Osuna, por la publicidad del edificio «Las Hilanderas», en Granada, en el que se indicaba que «este folleto no constituye documento contractual, y podrá ser modificado a propuesta de la dirección facultativa» (redacción por cierto más estricta que la impugnada en el presente litigio, que en teoría deja a la propiedad la posibilidad de introducir modificaciones), y que tampoco indicaba si la obra estaba en construcción o terminada, ni incluía las menciones relativas a la forma de pago establecidas en la orden de 5 de octubre de 1968 , impugnaciones por tanto muy parecidas

Resulta fundamental que desde el primer momento de la formación de la voluntad contractual el comprador sepa que las cantidades que se entreguen anticipadamente serán ingresadas en una cuenta especial abierta en una determinada entidad de crédito, a la que podrá dirigirse a los efectos de comprobar si el contenido de la afirmación publicitaria se corresponde con la realidad, así como para conocer si la eventual devolución de las cantidades que se entreguen anticipadamente están garantizadas mediante las garantías oportunas (esto es, seguro o aval bancario)³⁰⁸. Es por

cuando no coincidentes a las realizadas en esta demanda. Dicho Jurado de la Publicidad, compuesto por miembros elegidos por tal asociación de empresarios de la publicidad y la comunicación, y de asociaciones de empresarios en general (y por tanto no necesariamente inclinados a proteger los intereses de los consumidores) estimó la reclamación por las razones apuntadas (puede consultarse en el boletín de «Autocontrol» de septiembre de 2005). Por lo expuesto, la publicidad realizada por la entidad ha de considerarse ilícita por engañosa y por infringir las previsiones dispuestas en la normativa que regula la publicidad de determinados bienes [art. 3.b) y e) de la Ley General de Publicidad].

Es por ello que no existe ningún obstáculo para estimar los pedimentos de declaración de la ilicitud de la publicidad y la condena al cese en la misma y su no reiteración en el futuro contenidos en los apartados 1 y 2 del suplico de la demanda».

³⁰⁸ El profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 339, hace notar que dicha exigencia, en tan temprano momento, es de muy difícil cumplimiento, al menos, en cuanto al aseguramiento de cantidades concretas. Por ello, entiende el citado autor, lo que pretende el legislador es que “en el momento de la apertura de la cuenta especial el promotor-vendedor tenga a su disposición, bien la póliza global de seguro de caución en la que la compañía aseguradora se comprometa a asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadas por los compradores de una determinada promoción (la correspondiente a la cuenta especial cuya apertura se produce), bien el contrato general de aval o fianza en el que una entidad de crédito se comprometa, de modo solidario con el promotor, y, normalmente, hasta una determinada cantidad máxima, a garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores

ello, que la concreta entidad bancaria en la que deberán ingresar las cantidades anticipadas deberá hacerse constar de manera expresa en el texto publicitario.

Por lo tanto, en el momento de la apertura de la cuenta especial es preciso que el promotor-vendedor disponga ya de la póliza general del contrato de seguro otorgado por compañía aseguradora o del contrato de afianzamiento prestado por entidad de crédito ³⁰⁹, en los que estas entidades se comprometan a garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores de una determinada promoción.

Por lo que se refiere a las normas que regulan la publicidad en la venta de viviendas en las que el promotor pretenda obtener cantidades anticipadas por parte de los compradores, con carácter previo a la construcción del edificio o constante la construcción, debemos hacer referencia a la Orden de 5 de octubre 1968, sobre

de dicha promoción”.

³⁰⁹ La referencia exigencia está en consonancia con el artículo 8 de la Orden de 29 de noviembre de 1968, relativa al seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, que dice: “Ninguna Entidad aseguradora podrá autorizar se le mencione en la propaganda y publicidad a que se refiere el artículo 5º de la Ley de 27 de julio de 1968, en tanto no quede formalizado con el cedente de las viviendas el contrato de garantía, cuyo modelo haya sido previamente autorizado a cada Entidad por este Ministerio”.

De este modo, desde el momento de la emisión de la publicidad o propaganda de viviendas, el promotor-vendedor que pretenda obtener de los adquirentes cantidades anticipadas durante la construcción de las viviendas, a los efectos de hacer constar en el texto publicitario el nombre de la compañía aseguradora, deberá haber otorgado con anterioridad el correspondiente contrato de garantía.

propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial³¹⁰.

Dicha Orden, en su Preámbulo, señala que *“la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en su artículo quinto dicta normas sobre propaganda y publicidad, y 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, se considera necesario regular su redacción con determinación específica de los datos de obligatoria inserción y tipo de imprenta con el que habrán de ser compuestos”*.

Destacamos el artículo 1º de dicha Orden que exige que 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

³¹⁰ Vid. CABANILLAS SACHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades (...)”, op cit. págs.,18 y 19. Recuerda el citado autor que un requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción , es que se haga constar en las mismas que el promotor se ajustará al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 57/1968, haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de la Entidad de crédito en la que habrá de ingresar las cantidades anticipadas, que además se deberán depositar en una cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice (artículo 5). Por lo que se refiere a los datos mencionados, el referido autor se refiere a la Orden de 5 de octubre de 1968 y concluye que “...habrán de componerse en el texto publicitario en tipos perfectamente legibles y de tamaño igual, al menos, que el predominante en la revista, impreso o diario en que se inserten. Si se trata de edición independiente se utilizará como mínimo tipo de cuerpo ocho”.

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 10 t 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”.

En cuanto a la necesaria mención en la publicidad a la entidad bancaria en la que se deberán ingresar las cantidades anticipadas, es lo cierto que no se exige en el artículo 5 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que figure mención expresa al número de cuenta concreto, ahora bien en la Orden de 5 de octubre 1968, sí se exige que se haga la referida mención³¹¹.

Véase que el artículo 3 de la Orden de 5 de octubre 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial, establece que en la propaganda y publicidad que se refiera a la cesión de viviendas ya construidas y en condicionen de entrega inmediata o sin exigencia de abono de cantidades iniciales o a cuenta, durante el período de construcción,

³¹¹ El profesor ESTRUCH en ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades anticipadas...”, op cit., pág. 341, señala al respecto que “parece que nos encontramos ante una extralimitación de las funciones que la disposición final de la Ley 57/1968, de 27 de julio, atribuye al Ministerio de Vivienda para dictar normas de desarrollo de la Ley”.

se harán constar expresamente tales circunstancias, y de no hacerlo así se entenderá que la cesión se halla comprendida en los preceptos de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Por último debemos precisar que en su artículo 5 de la Orden de 5 de octubre 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial, establecía que el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en los artículos anteriores dará lugar a la imposición de la sanción a que se refiere el artículo 6 1. Párrafo 2. A), de la citada Ley. Ahora bien, como quiera que la Disposición Derogatoria única, 1 f) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, derogó de modo expreso el artículo 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, el contenido del referido precepto no resulta de aplicación.

Por lo que se refiere a la regulación de la materia dada por la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), en su apartado 6, dedicado a la Publicidad de la promoción de viviendas, se establece que: *«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».*

CAPÍTULO VI

OBLIGACIONES DE LOS PROMOTORES QUE EXIJAN LA ENTREGA DE ANTICIPOS DINERARIOS A CUENTA PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

SUMARIO:

I. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR DE VIVIENDAS QUE EXIGE ENTREGAS A CUENTA. 1. *Consideraciones previas.* 2. *Obligaciones legales.* 2.1. *Tipo de interés a cuya devolución estará obligado el promotor junto con la devolución de las cantidades anticipadas por el cesionario, ante su eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas por las leyes especiales reguladoras de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.*

II. OTORGAMIENTO DE GARANTÍA. 1. *Contingencia cubierta por la garantía.* 2. *Aval.* 2.1. *Configuración contractual del aval en garantía y su imbricación en la estructura del contrato.* 2.2. *Tratamiento legal del aval.* 3. *Seguro.* 3.1. *Régimen legal del seguro.* 3.2. *Pólizas globales y pólizas individuales.* 4. *Carácter ejecutivo del aval y del seguro.* 4.1. *Modo de exigir el cobro del aval o seguro ante el incumplimiento de las obligaciones del promotor.* 5. *Consecuencias de la prórroga concedida por el comprador al promotor – vendedor.* 6. *Momento de cancelación de las garantías*

III. APERTURA DE CUENTA ESPECIAL. 1. *Régimen legal de la apertura de cuenta especial.* 1.1. *Tratamiento en la Ley 57/1968, de 27 de julio.* 1.2. *Apertura de cuenta especial en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. Redacción dada por la Ley 20/2015.* 1.3 *Concepto de cuenta especial.* 2. *De las consecuencias de que los ingresos de los anticipos se realicen en una cuenta ordinaria, sin la calificación de “cuenta especial”.* 3. *De la responsabilidad de la entidad bancaria respecto de la apertura de cuenta denominada “especial” por parte del promotor.* 4. *De la cancelación de la cuenta especial*

I. OBLIGACIONES DEL PROMOTOR DE VIVIENDAS QUE EXIGE ENTREGAS A CUENTA

1. Consideraciones previas

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en su artículo primero, establece 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. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Segunda. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas

o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior».

Del tenor literal del artículo primero de la referida Ley se extrae que son dos las exigencias que impone la misma al promotor de viviendas que pretenda obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, a saber:

1) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante el otorgamiento del correspondiente seguro o aval, y

2) Recibir los anticipos a través de una cuenta especial, con total separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer este para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas³¹².

³¹² El tenor literal del artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, indica que el promotor vendrá obligado a garantizar el importe de los anticipos a cuenta más el seis por ciento de interés anual. Y desde la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de la Edificación, a la Disposición Adicional Primera letra c), se establece 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*».

Siguiendo en este punto la opinión de DOMÍNGUEZ ROMERO, no entendemos exacto reconocer que desde la entrada en vigor de la LOE el interés aplicable es el legal del dinero. Tal y como advierte el propio autor es frecuente encontrar en pies de pág., a propósito del comentario del artículo 3 de la Ley 57/1968 que efectivamente tras la entrada en vigor de la LOE es de aplicación en todo caso el interés legal del dinero, pero esto no es así, al menos no siempre. Cfr. DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de viviendas en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 43 y 44.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, prevé que la garantía se preste mediante aval o a través de contrato de seguro, sin embargo «la LOE sólo habla de seguro, de

donde se colige que esa modificación en cuanto al tipo de los intereses sólo afectará a los establecido en el Ley 57/1968 cuando la modalidad escogida sea para garantizar las cantidades anticipadas sea el contrato de seguro. Esto es, si la garantía se presta por medio de aval, el tipo de interés será el 6% anual (artículos 1 a 3 Ley 57/1968); mientras que si se contrata seguro para garantizar la devolución, el valor del interés será el legal del dinero (D.A. 1ª LOE)» y ello por dos razones fundamentalmente: 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 el promotor sigue teniendo dos opciones para garantizar la eventual devolución de las cantidades anticipadas (aval o seguro); y en segundo lugar, porque el aval que se presta no es un aval ordinario, sino una aval especial, pues el garante se somete expresamente a la Ley 57/1968 al constituirse la garantía, de modo que el banco o caja de ahorros avala la devolución de las cantidades entregadas más el 6% de interés anual en caso de que la construcción no llegue a buen fin. Vid. DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente...*, op. cit., págs. 41 a 46.

Por su parte, resulta de una claridad meridiana el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, de 28 de noviembre de 2008 - JUR 2009\132464 -, en cuanto a la aplicación del tipo del 6% de interés y no del legal del dinero. Podemos leer en el referido Auto que: «La parte ejecutada se ha opuesto a dicha petición alegando que sólo se le puede condenar al pago del interés legal del dinero desde la interposición de la demanda, porque la obligación de abonar el interés del 6% anual recae sobre la empresa dedicada a la promoción y construcción de viviendas y no sobre el avalista, dada la regulación del contrato de fianza, limitándose sus obligaciones a la suma expresamente indicada en el aval.

El Auto hoy recurrido desestima la oposición a la liquidación de intereses fijando que la parte ejecutada debe satisfacer los fijados en la citada Ley.

Contra dicha resolución se alza la parte ejecutada alegando que la obligación de devolver las cantidades por incumplimiento corresponde al que la Ley llama cedente o vendedor, limitándose el avalista a satisfacer sólo las cantidades que haya garantizado. (...) Del examen conjunto de los preceptos invocados a la luz de doctrina emanada del Tribunal Supremo y aplicada por las Audiencias Provinciales, llegamos a la misma conclusión que el juzgador de instancia, puesto que:

Primero, nos encontramos ante un aval, impuesto por la Ley y que tiene carácter solidario (artículo 1).

Segundo, nos hallamos ante una garantía impuesta por la Ley e irrenunciable para los cesionarios (artículo 7), al que no le pueden afectar los pactos suscritos entre avalista y promotora, en los que no fue parte.

En tercer lugar, porque no podemos ignorar que en el texto de ambos avales expresamente se indica que "AVALA en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/1986 ", por tanto, no se trata de un aval ordinario sino del aval especial

Como decíamos, son dos los resortes de la garantía enunciados en el art. 1 de la Ley especial, pero resultan ser tres en la realidad, porque a los dos explícitos (aval o seguro y cuenta especial) había que sumarle un tercero implícito, resultante del último párrafo de la regla 2ª del art. 1 de la Ley 57/68, esto es la responsabilidad de la entidad de crédito depositaria que aperturó la cuenta especial.

Dice este párrafo 2º que *«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»*. Debemos estar al espíritu de la Ley y sabemos que la finalidad última de la misma es la protección del adquirente (consumidor). La frase clave a tener presente es: bajo su responsabilidad³¹³.

que regula la citada Ley y a la que expresamente se sometió el avalista, sin que ahora, ante la reclamación, pretenda hacer valer que el aval prestado era de los ordinarios regulados en el Código Civil».

También mantiene una postura clara respecto la aplicación del 6% de interés la Audiencia Provincial de Málaga, en sentencia de fecha 29 de octubre de 2008. Indica la referida sentencia que: «... para el caso de que se instase la *resolución* del contrato por las causas previstas en la Ley 57/1968 de 27 de junio, las cantidades recibidas, le serían devueltas al adquirente en unión de los intereses legalmente correspondientes, pues en la norma que se expresara al respecto, artículo 3, se dispone literalmente que "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 6 % de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda", lo que da plena virtualidad a la reclamación por el concepto de intereses, sin que quepa minorarlos al porcentual del interés legal, pues aparte de que así expresamente lo pactaran las partes libre y voluntariamente, el supuesto analizado tiene perfecto encaje jurídico en la norma que citaran en el contrato de compraventa».

³¹³ Cfr. GARCÍA MEDINA, J., "Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas, op. cit., pág. 8.

Así pues, es visto que la Ley impone al promotor que aperture la referida “cuenta especial” a los efectos de que se depositen en la misma los anticipos que se reciban a cuenta por parte de los adquirentes.

Por otra parte, repárese en la responsabilidad de la referida Entidad bancaria o Caja de Ahorros³¹⁴ (según se desprende del

Asimismo Cfr. Vid AÑÓN CALVETE, J., en “Características de la garantía de la Ley 57/1968. Especial referencia a la sentencia del Pleno de la Sala Civil del TS nº 218/2014, de 7 de mayo (RJCv 53/2015). Destacamos de la referida sentencia que: «(...) la condición de que las cantidades entregadas a cuenta por los compradores de vivienda se ingresen en cuenta especial, precisamente por ser una obligación legal con destinatario determinado (el promotor) no puede hacerse extensiva a terceros no determinados por la norma, tal como señala la AP de Sta. Cruz de Tenerife en Sentencia de 25 de octubre de 20137, de manera que no es admisible ampliar la responsabilidad más allá del promotor (...) Bastaría al efecto con la interpretación literal del precepto según la cual para los promotores que pretenden percibir cantidades a cuenta de sus compradores, deberán cumplir de forma imperativa las dos condiciones que en el art. 1 se describen Si la interpretación literal no deja duda acerca de quién es el sujeto obligado a cumplir esas obligaciones, la redacción de la segunda condición no es menos explícita: la segunda condición que se impone a los promotores para poder percibir válidamente entregas de dinero por parte de los compradores, es percibir las cantidades anticipadas a través de una entidad de crédito, en la que habrán de depositarse en una cuenta especial».

³¹⁴ Mientras algunos autores entienden que la responsabilidad de las entidades bancarias o de crédito en este caso es de carácter subsidiario, defendemos en este trabajo que consideramos que la responsabilidad exigible a la entidad bancaria o de crédito es directa y por tanto solidaria respecto de la responsabilidad predicable del promotor.

Así por ejemplo, véase la opinión de GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta...”, op cit., págs. 6 y 11, en el sentido de entender que, en realidad, la garantías establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, para la protección de los intereses de los adquirentes no sólo con la cuenta especial separada y finalista y el aval solidario o seguro de caución garantizadores de la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente, sino que, además, el legislador ha contemplado como tercera garantía «la responsabilidad subsidiaria de la entidad de crédito depositaria».

tenor literal de la Ley) de que verifique que el promotor que apertura la indicada “cuenta especial” haya llevado a cabo el previo otorgamiento de las garantías a las que nos hemos referido (aval o préstamo).

La razón de exigir las referidas garantías para asegurar la eventual devolución al cesionario de los anticipos económicos entregados al promotor de las viviendas, tal y como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, obedece a que: *«es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se*

Nos oponemos a la referida postura doctrinal por entender que la responsabilidad de la entidad bancaria o de crédito es una responsabilidad de tipo directo (que no subsidiario) y por lo tanto exigible de manera solidaria respecto de la responsabilidad del promotor.

Consideramos que la entidad bancaria o de crédito, en caso de conocer el destino de las cantidades que se depositan en la misma, no puede aparecer en la relación jurídica como una mera convidada de piedra, pues ya que se beneficia con las aportaciones que recibe tanto por parte del promotor (en comisiones) como del adquirente (que ingresa ciertas cantidades, precisamente en una cuenta bancaria abierta en una sucursal de dicha entidad) también se predica de su posición deberes u obligaciones para con las partes (especialmente respecto de la parte más débil de la relación jurídica: el adquirente-consumidor). Siendo que la entidad bancaria o de crédito está en una situación privilegiada respecto del adquirente (consumidor) y que además se beneficia de ello, es lógico entender que también le sea exigible una obligación de diligencia más alta que a este último, que nosotros entendemos se encuadra en la exigencia que impone el tenor literal -tanto de la Ley 57/1968, de 27 de julio como de la DA 1ª de la LOE (conforme a redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio)- de responsabilidad de la entidad bancaria o de crédito en cuanto a la verificación de si se han otorgado las oportunas garantías por parte del promotor.

*encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella*³¹⁵”.

En términos similares, la Ley 20/2015³¹⁶, viene a acoger el espíritu de la Ley 57/1968 y establece que: «1. *Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:*

a) 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.

b) 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

³¹⁵ Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...”, op. cit., pág. 8.

³¹⁶ Disposición final tercera Ley 20/2015. Modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (inclusión de nueva redacción de la Disposición Adicional Primera).

crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.

2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero».

Si comparamos el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, con la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación³¹⁷, extraemos como conclusión que en el nuevo régimen que establece la Ley 20/2015, de 14 de julio (a partir del 1 de enero de 2016) se sigue imponiendo al promotor que pretenda obtener de los adquirentes la entrega de anticipos a cuenta del total precio de las mismas dos obligaciones:

1) Que garantice la eventual devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes más el interés legal del dinero, en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen término, mediante seguro o aval;

2) Percibir dichas cantidades a través de entidad de crédito en la que habrán de depositarse esas cantidades a través de cuenta especial.

Debemos poner el acento en el hecho de que la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, apartado Uno, 1 - letra a), supedita la obligación del promotor de asegurar la eventual devolución de las cantidades anticipadas para la compra de la vivienda a la “...obtención de la licencia de edificación”.

³¹⁷ Según redacción dada por la Ley 20/2015.

Esta condición no se exigía en la Ley 57/1968, de 27 de julio, de hecho en la práctica, en aplicación de este cuerpo legal, ha sido habitual que ante la no concesión de licencia de edificación, el adquirente haya instado la resolución del contrato de compraventa, interesando la devolución de las cantidades que se pudiera haber adelantado por parte de éste para la compra de la vivienda. Profundizaremos en esta causa de resolución (rescisión) del contrato de compraventa en aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en el Capítulo Séptimo de este trabajo.

Entendemos que supeditar la exigencia de otorgamiento de garantía a la concesión de la referida licencia de edificación supone un retroceso en cuanto a la protección de los adquirentes. Y ello por cuanto, en algunas ocasiones, la concesión de la referida licencia se dilata en el tiempo. A pesar de ello, el promotor suele exigir la entrega de anticipos de parte del precio al adquirente a los efectos de suscribir el correspondiente contrato para la adquisición de la vivienda.

Así las cosas, el adquirente en muchas ocasiones podrá verse obligado por parte del promotor-vendedor a realizar anticipos a cuenta, sin contar con la correspondiente garantía que le asegure la eventual devolución de las cantidades anticipadas para el caso de que la vivienda no llegue a construirse; se entregue fuera del plazo pactado; o se produzca algún otro hito de los previstos en la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

2. Obligaciones legales

Como hemos indicado anteriormente, la Ley 57/1968, de 27 de julio, en su artículo primero primera, impone a los promotores que pretendan obtener de los cesionarios entregas a cuenta antes de iniciar la construcción de la vivienda o durante la construcción de la misma, cumplir entre otras, la condición de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual³¹⁸, 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.

Cuando surge la obligación de devolución de las cantidades entregadas a cuenta, en dicho concepto deben entenderse incluidas como señala la jurisprudencia (SSTS de 22 de septiembre de 1997 [R] 1997, 6410] ; de 30 de diciembre de 1998 [R] 1998, 9983] , de 8

³¹⁸ Los intereses cuya eventual devolución debe quedar garantizada por el promotor en este caso, como hemos dicho anteriormente, siguiendo la opinión mantenida por DOMÍNGUEZ ROMERO, tras la entrada en vigor de la LOE, véase que la LOE sólo habla de seguro, de donde se colige que esa modificación en cuanto al tipo de los intereses sólo afectará a los establecidos en el Ley 57/1968 cuando la modalidad escogida sea para garantizar las cantidades anticipadas sea el contrato de seguro. Esto es, si la garantía se presta por medio de aval, el tipo de interés será el 6% anual (artículos 1 a 3 Ley 57/1968); mientras que si se contrata seguro para garantizar la devolución, el valor del interés será el legal del dinero (D.A. 1ª LOE)». Cfr. DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas...*, op. cit., págs. 43 y 44.

de marzo de 2001 [RJ 2001, 2731]; SAP de Cádiz de 5 de julio de 2003 [PROV 2003, 211470]; SAP de Málaga, de 5 de octubre de 2006; SAP de Alicante de 13 de diciembre de 2006) no sólo las cantidades ingresadas en cuenta especial debidamente garantizadas mediante aval o seguro de caución, sino también las que se declaren recibidas y entregadas mediante documento privado, aun cuando tanto en el contrato de seguro como en el correspondiente aval se excluya la cobertura con relación a aquellas que no sean ingresadas en la cuenta especial³¹⁹.

2.1. Tipo de interés a cuya devolución estará obligado el promotor junto con la devolución de las cantidades anticipadas por el cesionario, ante su eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas por las leyes especiales reguladoras de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas

Respecto del interés que se devengará ante la eventual obligación de devolución de las cantidades que se anticipen, repárese en que, en el supuesto de que la garantía se presente mediante seguro de caución, entendemos que no habría obstáculo para que además de los intereses remuneratorios del capital entregado, pudieran aplicarse los intereses moratorios previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro³²⁰, para el caso de darse el supuesto previsto en dicho artículo.

³¹⁹ Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico...”, op. cit., pág. 8.

³²⁰ Artículo 20 Ley del Contrato de Seguro: «Si el asegurador incurriere en mora

en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

1.º Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.

2.º Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

3.º Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

4.º La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

5.º En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el apartado 6.º subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

6.º Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro. No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro. Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

7.º Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.

8.º No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

Estas dos clases de intereses no se acumulan en un mismo intervalo, pues su aplicación va referida a distintos intervalos³²¹. Así:

1) Desde la entrega de las cantidades para adquirir la vivienda sobre plano hasta la producción del siniestro (la contingencia que da derecho a la restitución de las cantidades anticipadas), el tipo de interés aplicable será el legal del dinero (no se trata de los intereses moratorios del artículo 1108 Código Civil), sino los intereses remuneratorios del capital entregado previstos en la Disposición Adicional 1ª LOE³²².

9.º Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y, sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

10.º En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil, ni lo preceptuado en el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia».

³²¹ Cfr. DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente...*, op. cit., pág. 51.

³²² Establece la DA 1ª LOE, redacción vigente hasta el 1 de enero de 2016:

«Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción

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 lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. 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, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa.

2) Y, desde que se produce el siniestro (la contingencia que da derecho a la restitución de las cantidades anticipadas) y se reclama a la compañía aseguradora el interés aplicable será el previsto en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, si la aseguradora no paga ni consigna en el plazo de tres meses³²³.

A partir del 1 de enero de 2016, tal y como establece la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, relativa a “Modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”, el tenor literal de la Disposición adicional primera de la LOE, pasa a tener la siguiente redacción:

«Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas.

1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes

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 la referida Ley.

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».

³²³ Llama la atención DOMÍNGUEZ ROMERO (en DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente...*, op. cit., págs. 52 y 53) sobre el hecho de que al tratarse de un seguro de caución, la consignación que haga la aseguradora para evitar constituirse en mora, lo habrá de ser por la cantidad total, pues ésta ya está o al menos debería estar tasada de antemano en la póliza. También destaca el citado autor que, en caso de reclamar los intereses previstos en el artículo 20 LCS, tendremos en contra, probablemente la oposición de la compañía aseguradora por pluspetición. Cuestión distinta será que prospere.

entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

a) 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.

b) 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.

2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero».

Es visto que la redacción de la Disposición Adicional Primera de la LOE conforme la Ley 20/2015, de 14 de julio, asume el contenido del artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, puntualizando que el otorgamiento de las garantías que exige la Ley serán exigibles desde la concesión de licencia. Se condiciona así la

exigencia de otorgamiento de las garantías que exige la Ley a la concesión de licencia, un hito que desde luego no está garantizado en absoluto³²⁴.

Esta exigencia que impone la DA 1ª LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) supondrá necesariamente crear incertidumbre para los adquirentes. Es por ello que se trata de una medida que no casa con el espíritu y finalidad de la Ley (que pretende garantizar la posición del adquirente que se ve obligado a realizar entregas anticipadas a cuenta del total precio de la compraventa).

II. OTORGAMIENTO DE GARANTÍA

Del tenor literal del artículo 1 primera de la Ley 57/1968, de 27 de julio, se desprende que la garantía que debe otorgar el promotor, de conformidad con dicha Ley, puede realizarse: mediante contrato de seguro o aval solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido³²⁵.

³²⁴ La no concesión de licencia, de hecho, en algunas ocasiones ha supuesto (bajo la vigencia de la ley 57/1968) un supuesto de resolución del contrato de compraventa por parte de los adquirentes.

³²⁵ Vid. también la Orden del Ministerio de Hacienda de 29/11/1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción (BOE núm. 292, de 5/12/1968).

Repárese también en que, con posterioridad, LOE (en su redacción original) en la Disposición adicional 1ª mantiene la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio y de sus disposiciones complementaria con algunas modificaciones.

Por su parte, la Ley 20/2015, de 14 de julio, que introduce la nueva redacción de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, respecto de Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas, concreta aún más el contenido que deben tener las garantía que se exigen. Así, se establece lo siguiente: « *Dos. Requisitos de las garantías*».

2. 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.».

Una vez contratada la garantía por el obligado a ello (el promotor) aparecen frente a la obligación garantizada una pluralidad de sujetos obligados compuesta por:

- el que promueve,
- el que garantiza y,
- (si además ha sido aperturada la cuenta especial) también el responsable solidario (caja o banco).

Por ello la ley especial establece que el aval tiene que ser solidario pero, en cambio del seguro no predica lo mismo, lo que no es equitativo en derecho y tendría consecuencias injustas, de trato desigual, para adquirentes garantizados con seguros frente a los garantizados con aval.

La SAP de Sevilla (Secc. 5ª) de 10 de diciembre de 1996³²⁶, hizo un claro razonamiento equilibrador de este desequilibrio del legislador de 1968 y manifestó que «no es lógico pensar que la solidaridad se impone sólo respecto de los avales bancarios y no respecto de los seguros de caución, pues de otra manera haría de peor condición a quien suscribe, solicita y aporta un aval bancario

³²⁶ AC 1996\2431.

solidario con respecto de aquel que suscribe un seguro de afianzamiento, con clara vulneración del principio de igualdad de todos ante la Ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución (...)).».

Una de las alegaciones constantes en los procesos judiciales en los que los compradores han demandado a la promotora solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de prestar garantía ha sido el carácter esencial o accesorio de la garantía³²⁷.

La doctrina jurisprudencial más reciente configura esta obligación de prestación de garantía como esencial³²⁸, respecto de

³²⁷ Vid. AÑÓN CALVETE, J., “Características de la garantía de la Ley 57/1968. Especial referencia a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 218/2014, de 7 de mayo”, en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 53, enero 2015, Tirant lo Blanch, pág. 12.

³²⁸ Véanse los siguientes ejemplos de resoluciones del Alto Tribunal respecto de este particular: STS nº 221/13, de 11 de abril (Roj 2254/13 Rec. 1637/13), Fundamento de Derecho 2.4, que reconoce que el desarrollo jurisprudencial que se ha llevado a cabo de forma progresiva desde la Sentencia nº 706/11 de 25 de octubre (Roj: STS 6847/2011, Rec. 588/200) en que se contemplaba 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, art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o esencial.

Más tarde la STS 731/12 de 10 de diciembre (Roj: STS 8161/201, Rec. 1044/2010) declaraba la constitución de garantía como una obligación esencial del vendedor.

Adviértase que la STS 221/2013 de 11 de abril antes dicha declara que: «en la actual doctrina jurisprudencial ya no puede sustentarse la configuración de esta prestación de garantía como una obligación meramente accesoria del contrato cuyo incumplimiento queda reducido al ámbito de una infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incumplimiento resolutorio del mismo». Asimismo declara que se trata de una obligación legal, de carácter esencial, que atañe al vendedor de la vivienda en proyecto o en construcción, y

la resolución contractual.

1. Contingencia cubierta por la garantía

El asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no restitución de las cantidades que el promotor debe llevar a cabo cuando el adquirente resuelve el contrato. Así las cosas, garantiza una obligación dineraria, que como tal, nunca podrá extinguirse por imposibilidad sobrevenida fortuita³²⁹.

forma parte de la reciprocidad de las obligaciones del contrato de compraventa: construcción de la vivienda y pago de la misma, si bien diferenciando dos supuestos: durante el proceso de construcción la garantía, al ser una obligación bilateral, el comprador está legitimado a oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada en tanto no se constituya la garantía, e incluso está legitimado para resolver el contrato si, realizados esos pagos, el vendedor no la constituye. El Alto Tribunal, en esta sentencia, declara incluso que la garantía prevista en la Ley 57/1968 ha de constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad y viceversa.

En idéntico sentido, el Alto Tribunal se ha pronunciado en la STS nº 498/13 de 19 de julio (Roj: STS 4423/2013, Rec. 258/2011) destacando la incorrección en la que incurre el art. 3 de la Ley 57/1968 cuando establece que el comprador podrá instar la “rescisión” del contrato en caso de que la construcción no se inicie o no se entregue dentro del plazo convenido, diciendo que el hecho de que solo se prevea esta consecuencia, o que en la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Ordenación de la Edificación se refiera a la sanción administrativa por incumplimiento de la garantía y no a la resolución del contrato, «no menoscaba el carácter esencial de la obligación en relación con la del comprador de hacer los pagos a cuenta en las fechas contractualmente estipuladas, pues de otro modo se frustraría la finalidad de la norma y no se entendería el carácter irrenunciable de los derechos del comprador, muy explícitamente establecido en el art. 7 de la Ley 57/1968».

³²⁹ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 606. Tal y como exponen los indicados autores en la citada obra: «No importa la razón por la que el promotor no ha cumplido su obligación de entrega, pues en

Las formas que prevé la ley especial para garantizar la eventual devolución de los anticipos a cuenta por parte del promotor son: aval y seguro.

2. Aval

Como hemos apuntado, del tenor literal del artículo 1 primera de la Ley 57/1968, de 27 de julio, se desprende que la garantía que debe otorgar el promotor, de conformidad con dicha Ley puede realizarse mediante contrato de seguro o aval solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, se limita a utilizar la denominación usual de aval, como equivalente a cualquier garantía personal subsidiaria de naturaleza accesoria o no accesoria (artículo. 1822³³⁰ y siguientes C.C y artículos 439 y siguientes C.com³³¹).

La Ley 57/1968, de 27 de julio, únicamente exige que el aval sea solidario, por lo que podrá cumplir las exigencias legales

cualquier caso puede el adquirente resolver por esta causa. Los aseguradores o fiadores no pueden alegar la concurrencia de caso fortuito que imposibilite el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1182 y 1184 CC».

³³⁰ Artículo 1822 CC: «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste.

Si el fiador se obligare solidariamente con el deudor principal, se observará lo dispuesto en la sección cuarta, capítulo III, título I de este libro».

³³¹ Hay que advertir, que los preceptos incluidos en el Código de Comercio relativos al contrato de seguro (arts. 380 a 438 C. Com.) fueron derogados por Ley 50/1980, 8 octubre, de Contrato de Seguro («B.O.E.» 17 octubre).

cualquier tipo de aval³³². La ausencia en la ley especial del régimen de la fianza, para cuando esta figura se utilizara como garantista de la devolución de las cantidades anticipadas, resulta chocante en comparación con el desarrollo que hace la Orden de 29 de noviembre de 1968 respecto de seguro³³³.

El aval al que se refería la Ley 57/1968, de 27 de julio, era el documento del aval como tal, esto es “mera documentación de un contrato subyacente de afianzamiento civil o mercantil”, que la Ley de 1968 no regulaba de modo particular en su articulado. Así pues, la misma no tenía propiamente un régimen específico del contrato de fianza cuando esta figura se utilizaba para garantizar la

³³² Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., pág. 60. Apunta el referido autor, en la obra antes citada que, podrá el promotor cumplir con las exigencias legales tanto con el otorgamiento de aval bancario ordinario, que es en realidad un contrato de fianza (cfr. art. 1822 Código Civil, aunque a esta fianza en la práctica se suele denominar aval. En ese sentido se pronuncia CARRASCO PERERA en CARRASCO PERERA, A., *Percepción de cantidades...*, op cit., pág. 548, cuando dice que la Ley utiliza la denominación usual de aval como «equivalente a cualquier otra garantía personal subsidiaria de naturaleza accesorio o no accesorio».

Continúa el profesor ESTRUCH ESTRUCH exponiendo que esto es así aun cuando esta fianza esté dada en garantía de obligaciones civiles, como la devolución del precio entregado a cuenta de la compraventa de un bien de naturaleza inmueble, como el denominado aval a primer requerimiento funciona como una garantía independiente, de carácter no accesorio. En este sentido, Vid. GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op. cit., págs. 2 y 5. El aval a primer requerimiento o a primera demanda es más beneficioso para el comprador garantizado que el aval solidario, por lo que 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.

³³³ Cfr. DOMÍNGUEZ ROMERO, J. *La recuperación de cantidades anticipadas...*, op. cit., pág. 33.

restitución de las cantidades adelantadas en la compraventa de las viviendas³³⁴.

El aval bancario no es nada diferente a la fianza, la única especialidad es que el fiador es una entidad de crédito que plasma en un documento el consentimiento de constituirse en fiador garantizando el cumplimiento de la obligación de su cliente, obligación que se indica en el propio documento. « (...) el documento no es más que el reflejo y prueba del consentimiento»³³⁵. El “aval bancario” es el documento que refleja el aval del banco. En la mayoría de las ocasiones el “aval bancario” se emite en momento posterior del nacimiento de la obligación garantizada, pero no deja de ser un contrato entre acreedor y fiador según el cual, el fiador garantiza el cumplimiento de una determinada obligación a cargo del deudor principal (en avalado) en los términos que se expresan en el documento (“aval bancario”) y el acreedor acepta la constitución de la fianza en tales términos y condiciones dando por cumplida la obligación que el deudor haya podido asumir.

Existe fianza desde que una persona se obliga a pagar o cumplir por otro en caso de que éste no lo haga, tal y como establece el art. 1822 C. Civil. En tanto contrato de garantía, a la responsabilidad universal del deudor *ex art.* 1911 C. Civil, se añade

³³⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 604.

³³⁵ Vid. AÑÓN CALVETE, J., “Características de la garantía de la Ley 57/1968 (...)”, op cit. pág. 19.

la obligación del fiador, reforzando en beneficio del acreedor, la seguridad del cumplimiento de la obligación garantizada.

Por su parte, garantía es cualquier medida o modo especial de asegurar la efectividad de un crédito³³⁶ de forma que se produce el reforzamiento antes indicado. En este sentido la garantía bancaria, en su sentido amplio, tiene como única especialidad que la entidad de crédito es quien se obliga a cumplir la obligación dineraria de su cliente de forma que el acreedor así garantizado ve colmada su expectativa de obtener seguridad del cumplimiento de la obligación.

Aun cuando la fianza como regla general es consensual, por lo que precisa del concurso de voluntades del acreedor y fiador (sin que ni siquiera sea necesario el conocimiento del deudor) hay que tener presente que la fianza también puede ser legal. Esto es que la ley atribuya la obligación de garantía a determinadas personas. En este supuesto, el fiador no puede estar más que a las determinaciones de la misma, que impone al deudor la obligación de dar al fiador, desde el momento en que el fiador acepte serlo y constituir su garantía según la norma legal.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, impone al promotor la obligación de constituir garantía a favor del comprador, con unas características concretas:

³³⁶ Vid. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, 6ª Edición, Civitas, Madrid, 2008, pág. 455.

a) el fiador solo puede ser una entidad de crédito o compañía aseguradora;

b) la obligación garantizada no es construir la vivienda, ni si quiera entregarla a comprador, sino la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de la vivienda;

c) la obligación de devolver garantizada no nace de cualquier circunstancia legal o contractual, sino solo cuando la edificación no se inicie o no llegue a buen fin;

d) el importe de la obligación garantizada, y por lo tanto de la garantía, es el de las cantidades entregadas por el comprador al promotor más sus intereses;

e) la fianza se constituye con carácter solidario con el deudor principal, lo que conlleva la pérdida del beneficio de excusión, y en caso de que existe una pluralidad de fiadores también con carácter solidario entre ellos lo que conlleva la pérdida del beneficio de división y orden.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, no establece una fianza legal, sino que impone al promotor la obligación de constituir fianza a favor del comprador, sin perjuicio de que en muchas resoluciones judiciales se ha mantenido que el alcance y de la fianza no es disponible por la finalidad protectora de la ley, hasta el punto de

que el art. 7 dispone que los derechos que otorga la ley a los compradores son irrenunciables³³⁷.

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, hace mención a la exigencia de contratar un seguro pero nada dice en relación al aval que si consta en la Ley 57/1968, de 27 de julio. La pregunta que nos surge es: ¿quiere esto decir que desde la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, es necesario acudir al contrato de seguro para asegurarse la devolución de las cantidades entregadas a cuenta y no puede acudir al aval?³³⁸

³³⁷ Tal y como pone de relieve AÑÓN CALVETE, J., en relación con la obligación que impone la Ley 57/1968, de 27 de julio, al promotor de constituir fianza a favor del comprador, en AÑÓN CALVETE, J., *Características de la garantía de la Ley 57/1968 ...*, op cit. pág. 22, que «la jurisprudencia, especialmente la sentencia del T. Supremo de 7 de mayo de 2014 (...) ha entendido que desde el momento en que la entidad de crédito admite constituirse en fiador y por lo tanto garante del cumplimiento de la obligación del promotor de devolver las cantidades percibidas, esa voluntad prima sobre el contenido del aval».

³³⁸ Cfr. MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3,2 Ley 57/1968 de 27 julio en relación con el art. 517,2.9º LEC. ¿Se puede acudir a la vía ejecutiva en el supuesto de no inicio o conclusión de unas obras de viviendas garantizadas por contrato de seguro o aval con estos documentos?”, en *El Derecho Editores/Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, nº 45, 2008, edición digital (www.online.elderecho.com).

Coincidimos con la opinión del citado autor en que, que la suscripción de un aval en las condiciones previstas en la Ley 57/1968 es perfectamente válido para asegurar la devolución de las cantidades y ello porque la aprobación de la Ley 38/1999 no ha supuesto derogación expresa ni tácita de la Ley 57/1968, por lo que debe interpretarse que siguen vigentes ambas opciones del contrato de seguro y el aval como métodos de garantía para asegurar las devoluciones de las cantidades entregadas a cuenta. En este punto, nos remitimos a MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3,2 Ley 57/1968 de 27 julio...”, op. cit., nº 45, 2008, edición digital (www.online.elderecho.com): «En este sentido, y para apoyar la viabilidad del aval que cumpla los requisitos antes fijados en la Ley 57/1968, señala la SAP de Ávila de 10 diciembre 2002, Rec.

Cuando el Legislador promulga, por las razones que recoge su Exposición de Motivos, la Ley 57/1968, de 27 de julio (complementada por los Decretos 3114 y 3115, de 12 diciembre), y la Orden Ministerial de 29 noviembre del mismo año, acude a la figura del aval bancario, como alternativa del seguro, para garantizar al comprador la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en el contrato de adquisición de vivienda (la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su Disp. Adic.

367/2002 –EDJ 2002/66775– que dentro de lo que la más reciente 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 crédito por los que los 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 del cual una entidad bancaria (avalista) garantiza el cumplimiento de una obligación contraída por su cliente (avalado) respecto de un tercero (beneficiario). Regulado en los arts. 439 a 442 C. Com. y más específicamente en el art. 17,4 LOCM, presenta dos características formales, una la necesidad de que se haga por escrito y la otra el que se inscriba en el Registro especial de avales del Banco de España».

Cuando el Legislador promulga, por las razones que recoge su Exposición de Motivos, la Ley 57/1968 EDL 1968/1807 (complementada por los Decretos 3114 y 3115, de 12 diciembre), y la Orden Ministerial de 29 noviembre del mismo año, acude a la figura del aval bancario, como alternativa del seguro, para garantizar al comprador la devolución de las cantidades entregadas a cuenta en el contrato de adquisición de vivienda (la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su Disp. Adic. 1ª EDL 1999/63355, mantiene el carácter específico de la Ley de 1968 respecto de la adquisición de toda clase de viviendas).

Entendemos, por ello, que la Ley 38/1999 EDL 1999/63355 no ha derogado la opción de recurrir al aval como mecanismo de garantía si se cumplen los requisitos del aval antes citados en el art. 1 Ley 57/1968 EDL 1968/1807.

¹³³⁹, mantiene el carácter específico de la Ley de 1968 respecto de la adquisición de toda clase de viviendas).

Entendemos, por ello, que la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (LOE) no ha derogado la opción de recurrir al aval como mecanismo de garantía si se cumplen los requisitos del aval antes citados en el art. 1 Ley 57/1968, de 27 de julio³⁴⁰.

El aval constituido con la finalidad de garantizar la eventual devolución de cantidades anticipadas por el adquirente para la compra de viviendas ha de ser solidario por expresa previsión legal. Supone la existencia de tres sujetos:

- el avalista (entidad financiera),
- el avalado (promotor) y
- el beneficiario (adquirente) que no ha intervenido en dicha constitución.

Resulta especialmente ilustrativa la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila, sentencia núm. 280/2002 de 10 de diciembre de 2002³⁴¹, que indica lo siguiente: «Al tratarse de un aval bancario constituido con la finalidad señalada en la Ley, le es de aplicación el artículo 1.1º de la norma en cuanto al concreto supuesto en que puede ejecutarse el aval, en su caso la posibilidad

³³⁹ En su redacción original.

³⁴⁰ Vid. MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3,2 Ley 57/1968 de 27 julio...”, op cit., nº 45, 2008, edición digital (www.online.elderecho.com).

³⁴¹ Roj: SAP AV 389/2002.

de que constituya título ejecutivo acompañado de documento fehaciente de la no entrega de la vivienda, y en cuanto a la posibilidad que tienen los beneficiarios, si la vivienda no se terminado en el plazo fijado en el contrato en condiciones de proceder a su entrega, de optar entre la rescisión del contrato, con devolución de las cantidades entregadas más el incremento legalmente establecido, o la concesión de una prórroga al promotor».

Son, pues, dos planos distintos:

De una parte, la obligación del avalista se concreta en devolver, restituyendo al deudor, las cantidades entregadas a cuenta si la construcción no llega a buen fin en el plazo convenido, pero no porque el aval responda de la ejecución, sino porque así lo ha convenido en la constitución del aval.

De otra, los compradores, respecto de ese deudor principal (su vendedor) pueden interesar la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas y un 6% más³⁴², o concederle, como veíamos, una prórroga.

³⁴² Como hemos indicado anteriormente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, D.A. 1ª LOE en su redacción original, la obligación de devolver el 6% respecto de las cantidades anticipadas se predica exclusivamente de los contratos en los que la eventual devolución de las cantidades anticipadas se haya garantizado por medio de aval. Pues en la referida DA 1ª LOE (en su texto original) se dice: «*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 lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la*

Si optan por la prórroga, no pueden ejecutar el aval. Si optan por la rescisión, y así se lo comunican al deudor, pueden reclamarle las cantidades entregadas y ese 6% que la norma establece o dirigirse, con la misma finalidad, contra el avalista solidario.

Presupuestos, pues, de la eficacia el aval son:

1°. Que las obras no hayan llegado a buen fin en el plazo convenido.

2°. Que los compradores comuniquen esta circunstancia al vendedor acogándose a la posibilidad de devolución indicada en la Ley.

3°. Que quien entregó las cantidades a cuenta no haya concedido prórroga al promotor para terminar las obras.

Para interpretar que ha de entenderse por "llegar a buen fin" (expresión que recoge el aval) ha de hacerse una interpretación analógica de lo dispuesto en la Adicional Primera arriba citada entendiéndose que ese llegar a "buen fin" es equivalente a incumplimiento del contrato, en este caso de la obligación principal del responsable solidario, la de que vivienda, plaza de garaje y trastero estén terminados el 30 de noviembre del año 2001, con una posible prórroga de tres meses.

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

(...)

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».

Obligación de hacer que se fijaba en el contrato firmado por avalado y beneficiario con un límite temporal que aparece ampliamente rebasado cuando se extiende un acta notarial en la que se pretende justificar la terminación de la vivienda, pero que sigue evidenciando que la entrega tal como se contemplaba en el contrato tampoco se llegó a efectuar en plazo. Cúmplese así el presupuesto primero de los indicados».

No estamos ante un aval ordinario, ya que al prestarse con la finalidad señalada en la Ley 57/1968 queda revestido del mismo carácter especial, de manera que avalista y avalado no pueden modificar el sentido restrictivo de dicho afianzamiento, máxime cuando el beneficiario no ha sido parte en la constitución de la garantía»³⁴³.

No puede atenderse a requisitos formales no contemplados en la Ley y establecidos entre promotor y garante sin intervención del adquirente, pues supone de hecho una renuncia por parte de éste a los derechos que, como consumidor de un bien de primera necesidad le reconoce la Ley 57/1968, cuando el artículo 7 de dicha ley establece que *“los derechos que la presente ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables”*.

En cuanto a los elementos formales, la Ley 57/1968, de 27 de julio, además del aval, exige la expedición de certificaciones

³⁴³ Vid. DOMÍNGUEZ ROMERO, J. *La recuperación de cantidades anticipadas...*, op. cit., pág. 34.

individualizadas a cada uno de los compradores³⁴⁴, expresivas de la existencia del aval, del contenido del mismo y de la cifra máxima que respecto de cada comprador se cubre con el aval en relación con las cantidades ingresadas en la “cuenta especial” (art. 2.11) Certificaciones cuya expedición corre a cargo del avalista³⁴⁵.

Por lo que se refiere al modelo de aval al que se refiere la Ley 57/1968, de 27 de julio, podemos tomar como referencia los modelos que con carácter imperativo se establecen para las VPO en la OM de 27-7-68³⁴⁶.

Como hemos señalado, una de las modalidades de aval que caben (bajo el paraguas de protección de la Ley 57/1968, de 27 de julio) es el aval a primer requerimiento o a primera demanda, en el que el comprador garantizado podría dirigirse contra el avalista simplemente cumpliendo los requisitos formales establecidos en el

³⁴⁴ El artículo 3 obliga al promotor a entregar a cada comprador («cesionario») -y, por tanto, a la entidad avalista a confeccionarle- un certificado de la existencia del aval y de la suma a que alcanza la cobertura prestada respecto del concreto comprador destinatario del certificado. Dice el tenor literal del art. 3 Ley 57/1968 que: « En el momento del otorgamiento del contrato el cedente hará entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio».

³⁴⁵ Cfr. CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito y la protección...”, op. cit., pág. 50.

³⁴⁶ Seguimos en este punto la opinión de CHAMORRO POSADA, en CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito y la protección...”, op. cit., pág. 51.

contrato de garantía y sin necesidad, por tanto de acreditar ningún incumplimiento del promotor-vendedor³⁴⁷.

³⁴⁷ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 160. Y Vid. MONTÉS PENADÉS, V.L., "Las garantías del crédito" en LÓPEZ LÓPEZ, A.; MONTÉS PENADÉS, V.L. Y ROCA TRIAS, E., en *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 182. Señal el profesor MONTÉS en la citada obra, en relación con las garantías o avales a primer requerimiento que se trata de contratos «en los que el fiador se obliga frente al acreedor a satisfacer a éste la obligación que se garantiza al primer requerimiento o 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, y además no puede hablarse aquí de subsidiariedad ni, en general, de aplicación del régimen de la fianza sobre todo en punto a las excepciones que puede oponer el fiador (...) la posibilidad de este tipo de contrato también conocido como contrato autónomo de garantía, se ha abierto camino en el derecho español, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, y en la jurisprudencia más reciente se admite con claridad la figura, cuyo origen se encuentra en el comercio internacional ». En este sentido véanse las STSS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000, 10001162), 30 de marzo de 2000 (RJ 2000,2314), 5 de julio de 2000 (RJ 2000,6010) y 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000,10438), STS de 27 mayo (RJ 2004\4264); STS de 13 septiembre de 2013 (RJ 2013\5931); STS de 17 octubre (RJ 2007\7105) -en relación con la aplicación del seguro de caución al contrato de permuta de solar por obra-. Destacamos el Fundamento de Derecho CUARTO: «El motivo segundo, fundado en infracción de los arts. 68 de la Ley de Contrato de Seguro y 1089, 1255 y 1258 CC, así como de la jurisprudencia, pretende que la aseguradora demandada vendría obligada a indemnizar a los recurrentes por haberse pactado un auténtico seguro de caución para el caso de que la tomadora del seguro no entregara la obra terminada, invocándose especialmente la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 2000 porque, en opinión de la parte recurrente, habría examinado "un supuesto idéntico, incluso con identidad de aseguradora demandada".

Así planteado, tampoco este motivo puede prosperar, porque el examen de las sentencias de esta Sala sobre seguro de caución efectivamente demuestra que éste puede proteger a los transmitentes de solar por obra futura frente al incumplimiento por el constructor de su obligación de entrega, estableciéndose una indemnización, pero también que para que esto suceda será preciso que el contrato base de esa obligación del constructor consista precisamente en una permuta de tal naturaleza y no en una compraventa, que fue lo que en este caso se le presentó a la aseguradora. Así resulta de la propia sentencia de 26 de

El artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece la necesidad de que la promotora garantice la devolución de las cantidades entregadas antes y durante la construcción, respondiendo también de la terminación en el plazo convenido.

El artículo segundo insiste en esta obligación, debiendo hacer entrega el cedente (al otorgamiento del contrato) del documento que acredite la garantía.

El artículo tercero permite al cesionario la rescisión con devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando ha expirado el plazo para la terminación de la obra.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación³⁴⁸ marca límites a los intereses.

Nuestro Salto Tribunal considera 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, de 27 de julio, constituyen un incumplimiento esencial.

febrero de 2000 (recurso núm. 1640/95) invocada por la parte recurrente (permuta en documento privado); y así resulta, también, de las sentencias de 26 de enero de 1995, en recurso núm. 3142/91 -ROJ: STS 309/1995-(contrato de permuta), 20 de diciembre de 2004 en recurso núm. 3571/98 -ROJ: STS 8234/2004- (transmisión de un solar por venta de los apartamentos resultantes) y, sobre todo, 1 de octubre de 2002 (recurso núm. 812/97 -RJ 2002, 8498-), la cual declaró la ineficacia del aval de un contrato de permuta para garantizar un posterior contrato de compraventa entre las mismas partes que sustituyó al de permuta». Entre otras muchas sentencias.

³⁴⁸ Redacción de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación vigente hasta el 1 de enero de 2016. Vid. Nota al pie 342 (de este trabajo).

En este sentido, ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2011³⁴⁹, Rec. 588 de 2008, que: «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...»

En el mismo sentido se considera esencial la mencionada obligación en la sentencia de esta Sala de 10-12-2012³⁵⁰, Rec. 1044/2010 y en la de 5-2-2013³⁵¹, Rec. 1410/2010.

A la vista de esta doctrina hemos de resaltar la importancia de garantizar las cantidades entregadas a cuenta que es un deber que se impone legalmente.

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, de 27 de julio) previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando.

Sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, de 27 de julio, debemos determinar si se trata de un aval de

³⁴⁹ RJ 2012, 433

³⁵⁰ RJ 2013, 914

³⁵¹ RJ 2013, 1995

naturaleza autónoma (supeditado solo a los términos contenidos en el mismo); o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza.

Examinado el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968, de 27 de julio, se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva³⁵² 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 el propio Tribunal Supremo considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos.

Por ese reforzamiento de la garantía establece el art. 1, regla primera de la Ley 57/1968: *«Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido»*.

Cuando el precepto establece que "por cualquier causa" no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer

³⁵² Nótese que con la entrada en vigor de la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de julio) desaparece el referido carácter ejecutivo que la Ley 57/1968, de 27 de julio, confería al aval.

En este aspecto resulta meridiano que se está perjudicando al adquirente (consumidor) respecto de la anterior regulación (Ley 57/1968, de 27 de julio), pues ahora se verá obligado a acudir a un proceso declarativo previo, para conseguir cobrar la cantidad garantizada con el aval, al desaparecer el carácter ejecutivo del mismo que se reconocía en la anterior regulación.

los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al art. 1853 del Código Civil³⁵³.

El art. 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita 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.

No puede situarse el avalista bajo el amparo del art. 1853 del C. Civil, pues el art. 1 de la Ley 57/1968 condiciona la exigencia del importe del aval al "caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido", resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve»³⁵⁴.

³⁵³ Art. 1853 del Código Civil. «El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; más no las que sean puramente personales del deudor».

Cfr. Sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 mayo 2014, recurso nº 828/2012 - Roj: STS 2391/2014-. En la citada sentencia del Alto Tribunal se establece como doctrina jurisprudencial que cuando se demande exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa.

³⁵⁴ Cfr. Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia núm. 218/2014 de 7 mayo del Tribunal Supremo (RJ 2014\3126).

2.1. Configuración contractual del aval en garantía y su imbricación en la estructura del contrato³⁵⁵

Tomando como referencia la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo 221/2013, de 11 de abril de 2013³⁵⁶ podemos advertir que la innovación doctrinal que aporta esta sentencia es un cambio decidido en favor del fundamento contractual que articula esta figura superando, por tanto, los esquemas de la doctrina jurisprudencial anteriores que reducía sus consecuencias al ámbito de las infracciones meramente administrativas.

Las fases jurisprudenciales han tendido, progresivamente, a buscar el fundamento contractual del aval en garantía destacando, principalmente, las SSTS de 25 de octubre de 2011³⁵⁷ (núm. 706/2011) y 10 de diciembre de 2012 (núm. 731, 2012)³⁵⁸, para ocuparse de la moderna caracterización de la misma.

³⁵⁵ A los efectos de abordar esta cuestión nos basamos en el comentario realizado por el Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo 221/2013, de 11 de abril de 2013 -Roj: STS 2254/2013-. Cfr. ORDUÑA MORENO, J., “El aval en garantía, Ley 57/1968, y su configuración contractual, imbricación y desarrollo interpretativo. Aplicación sistemática y práctica de la doctrina”, en VARIOS, *Jurisprudencia civil y mercantil del Tribunal Supremo*, Seleccionada y comentada año judicial 2012-2013, Civitas, 2014, págs. 205 a 210.

³⁵⁶ Roj: STS 2254/2013

³⁵⁷ Roj: STS 6847/2011

³⁵⁸ Roj: STS 8161/2012

Como aspecto conceptual relevante³⁵⁹, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, no se limita a confirmar el citado fundamento contractual de la figura sino que lo articula o imbrica en la estructura de la misma del contrato de compraventa. Ello le permite diseñar las fases jurídicas de dicho aval en el curso de la relación negocial de las partes, desde el perfeccionamiento del contrato hasta la correspondiente ejecución.

Desde esta visión completa del fenómeno, se facilita enormemente la comprensión de sus diferentes consecuencias jurídicas, según las fases de la relación contractual tomada en consideración. Así, desde la tipicidad del aval en garantía como elemento integrado en la natural reciprocidad obligacional del contrato de compraventa, tendente a favorecer el cumplimiento del mismo, construcción de la vivienda y pago respectivo, se distinguen dos fases o momentos estructurales.

En un primer momento, fase de pendencia de la obra proyectada, la constitución del aval funciona u opera como si de una propia obligación bilateral se tratase, de forma que el comprador, futuro adquirente, puede tanto oponer una excepción a la entrega a la cantidad anticipada que se le requiere, si el aval no se otorga, como también proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el promotor-vendedor se

³⁵⁹ Comentario del Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno a la sentencia dictada por el Tribunal en fecha STS de 11 de abril de 2013. Cfr. *Ibídem*, “El aval en garantía...”, op cit. pág. 209.

niega a otorgar el preceptivo aval. Como señala la sentencia, en este contexto, el fundamento técnico de la causa de la obligación o *causa devendi* reside en el propio plano de la reciprocidad de las respectivas prestaciones; de suerte que la obligación de constituir el aval y de entregar la cantidad anticipadamente queden entrelazadas como recíprocas causas de las respectivas obligaciones de las partes (artículo 1274 del Código Civil).

Por contra, en un segundo momento o fase de la relación contractual, cuando la prestación ya ha sido realizada (construcción de la vivienda) esta reciprocidad queda sin efecto, de modo que si la obligación de constituir el aval no ha resultado exigida por el comprador, pese haber anticipado la cantidad, su posible reclamación carece de fundamento dado que con la entrega o puesta a disposición de la vivienda el derecho del comprador viene reconducido al ámbito propio de la valoración del cumplimiento del contrato y de las posibles vicisitudes del mismo (prestación defectuosa, incumplimiento resolutorio, etc.)»³⁶⁰.

³⁶⁰ Cfr. ORDUÑA MORENO, J., “El aval en garantía...”, op cit. pág. 209. De dicho comentario, queremos destacar en cuanto a los procesos de configuración o tipicidad contractual desarrollados recientemente por la doctrina jurisprudencial, en el ámbito sistemático que: «La imbricación en la estructura contractual y desarrollo interpretativo del aval en garantía, Ley 57/1968. Al respecto, véase nuestro comentario a la STS de 11 de abril de 2013 (núm. 221, 2013)».

2.2. Tratamiento legal del aval

La nueva redacción de la materia que entrará en vigor el día 1 de enero de 2016, conforme a la Disposición adicional de la LOE (redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) establece que: *«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».

Vemos que en términos generales la regulación de la materia contenida en la DA1ª LOE (redacción Ley 20/2015, de 14 de julio) sigue la línea marcada por la Ley 57/1968. Si bien adviértase que:

— en el requisito incluido bajo la letra a) se especifican las cantidades cuya eventual devolución tiene que garantizarse por el aval;

— se prevé de manera expresa que en caso de incumplimiento por parte del promotor-vendedor, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista, 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, según la letra b) del apartado 2 de la DA1ª LOE (redacción Ley 20/2015, de 14 de julio);

— en la letra c) del apartado 2 de la DA 1ª LOE (redacción Ley 20/2015, de 14 de julio), contempla que se producirá la caducidad del aval, 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.

3. Seguro

Como se ha dicho, el artículo 1 primera de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece que la garantía que debe otorgar el promotor,

de conformidad con dicha Ley puede realizarse, mediante contrato de seguro o aval solidario, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

El seguro al que se refiere el indicado precepto es el seguro de caución, que está claramente definido en el art. 68 de la Ley de Contrato de Seguro: como aquel por el cual 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.

La finalidad de la Ley 57/1968, de 27 de julio, es garantizar la restitución de las sumas entregadas.

Resulta innegable que la configuración legal del seguro de caución del art. 68 Ley del Contrato de Seguro permite asegurar el incumplimiento de toda clase de obligaciones (de dar, de hacer o no hacer, de origen legal o contractual, ya sean obligaciones dinerarias o no) en tanto que pueden cuantificarse.

El seguro de caución como técnica garantista en la Disposición Adicional Primera LOE³⁶¹ tiene una estructura similar y unos problemas equivalentes a los de todo seguro de caución. Al igual que el seguro de caución del artículo 19 LOE, el de garantía

³⁶¹ Redacción vigente hasta el 1 de Enero de 2016.

de devolución de cantidades entregadas a cuenta es uno de los seguros por “grandes riesgos” del artículo 107 LCS, por lo que será inaplicable el artículo 2 LCS (artículo 44 LCS según resulta de reforma operada por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados). «Con todo, la inoperatividad del régimen de seguro de caución por cantidades anticipadas, si bien relajada por la no aplicación del artículo 2 LCS a este tipo de seguro, es recuperada por la disposición expresa del artículo 7 Ley 57/1968, que declara imperativas las disposiciones en ella contenidas»³⁶².

Dentro de las distintas tipologías o modalidades del seguro de caución, se encuentra la del denominado afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición viviendas, o seguro de caución de la Ley 57/1968. Así se refiere a él la Orden de 29 de noviembre de 1968. Seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas ³⁶³, uno de los pocos cuerpos legislativos que se refieren a este tipo de seguro, legislación complementaria a la Ley 57/1968, de 27 de julio.

En ocasiones se denomina impropiaamente a este tipo de seguro, como el seguro de caución de la construcción, lo que no es correcto en tanto que en el ámbito de la construcción puede concurrir, no solo este tipo de seguro, sino también los seguros

³⁶² Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 604.

³⁶³ B.O.E. n.º. 282, de 5 de diciembre de 1968.

previstos en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, que regula la Ordenación de la Edificación (LOE)³⁶⁴.

En concreto en el art. 19 LOE³⁶⁵ respecto a la garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la

³⁶⁴ PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual”, en Revista de responsabilidad civil y seguro, Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Cuarto Trimestre año 2014, nº 52, pág. 52, (www.asociacionabogadosrcs.org)

³⁶⁵ Artículo 19 LOE. Garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción.(Texto original, publicado el 06/11/1999, en vigor a partir del 06/05/2000)

«1. El régimen de garantías exigibles para las obras de edificación comprendidas en el artículo 2 de esta Ley se hará efectivo de acuerdo con la obligatoriedad que se establezca en aplicación de la disposición adicional segunda, teniendo como referente a las siguientes garantías:

a) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra.

b) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños causados por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra c), del artículo 3.

c) Seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante diez años, el resarcimiento de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que tengan su origen o afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y estabilidad del edificio.

2. Los seguros de daños materiales reunirán las condiciones siguientes:

a) Tendrá la consideración de tomador del seguro el constructor en el supuesto a) del apartado 1 y el promotor, en los supuestos b) y c) del mismo apartado, y de asegurados el propio promotor y los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo. El promotor podrá pactar expresamente con el constructor que éste sea tomador del seguro por cuenta de aquél.

b) La prima deberá estar pagada en el momento de la recepción de la obra. No obstante, en caso de que se hubiera pactado el fraccionamiento en períodos siguientes a la fecha de recepción, la falta de pago de las siguientes fracciones de prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni éste quedará extinguido, ni la cobertura del asegurador suspendida, ni éste liberado de su obligación, caso de que el asegurado deba hacer efectiva la garantía.

construcción, se establece el aseguramiento obligatorio en los términos previstos en la Disposición adicional segunda de dicha Ley³⁶⁶ o, más indirectamente la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, que también establece un aseguramiento obligatorio aunque lo fuese de forma más específico en su antecedente legislativo.

Es lo cierto que la Ley 57/1968, de 27 de julio, habla de “contrato de seguro” como mecanismo de garantía alternativo al

c) No será de aplicación la normativa reguladora de la cobertura de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes contenida en el artículo 4 de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre.

3. Los seguros de caución reunirán las siguientes condiciones:

- a) Las señaladas en los apartados 2.a) y 2.b) de este artículo. En relación con el apartado 2.a), los asegurados serán siempre los sucesivos adquirentes del edificio o de parte del mismo.*
- b) El asegurador asume el compromiso de indemnizar al asegurado al primer requerimiento.*
- c) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.*

4. Una vez tomen efecto las coberturas del seguro, no podrá rescindirse ni resolverse el contrato de mutuo acuerdo antes del transcurso del plazo de duración previsto en el apartado 1 de este artículo (...)»

Por su parte el texto del art. 19 LOE, última actualización, publicada el 15/07/2015, en vigor a partir del 01/01/2016, mantiene la distinción entre las garantías por tres tipos de daños materiales.

³⁶⁶ Disposición adicional segunda LOE. Obligatoriedad de las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos en la construcción.

«Uno. La garantía contra los daños materiales a que se refiere el apartado 1.c) del artículo 19 de esta Ley será exigible, a partir de su entrada en vigor, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda.

Dos. Mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir las garantías previstas en los apartados 1.a) y 1.b) del citado artículo 19, para edificios cuyo destino principal sea el de vivienda. Asimismo, mediante Real Decreto podrá establecerse la obligatoriedad de suscribir cualquiera de las garantías previstas en el artículo 19, para edificios destinados a cualquier uso distinto del de vivienda.»

aval, refiriéndose su articulado a ambos medios garantistas sin distinción, siendo la Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968, de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, la normativa que desarrolla esta especial contratación³⁶⁷.

Nos encontramos ante un contrato de caución, en virtud del cual la compañía de seguros garantiza la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el comprador de viviendas en construcción más los intereses legales para el caso de que la vivienda no se inicie o termine en el plazo establecido o no se obtenga la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación, y el promotor-vendedor no devuelva ese dinero³⁶⁸

³⁶⁷ Vid. DOMÍNGUEZ ROMERO, J. *La recuperación de cantidades anticipadas...*, op. cit., pág. 37.

³⁶⁸ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas..., op. cit., págs. 172. Asimismo, vid. BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura", en Revista General de Derecho, año LIV, núm. 651, diciembre de 1998, pág. 14627, nota 10, este seguro contemplado en la Ley 57/1968 no fue nominado seguro de caución en el momento de la promulgación de la ley porque este tipo de seguro (el de caución) alcanzó «con carácter general su total reconocimiento legislativo en el artículo 68 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro»; en el mismo sentido vid. PACHECO JIMÉNEZ, M.N., *Los seguros en el proceso de edificación*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 556.

Por otra parte, como señala BENAVENTE SEGORB, R., "Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución (...)", op cit. pág. 14626, nota 2, no puede ser discutida la vigencia del seguro contemplado en la Ley 57/1968, pues tanto su vigencia como su contenido «fueron confirmadas expresamente por el número 2, letra h) de la Disposición Derogatoria, de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado. La nueva Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, ni deroga ni confirma, de manera expresa la Ley 57/1968, por lo que entendemos que esta

La auténtica especialidad de esta modalidad de caución, que lo diferencia de cualquier otra tipología de este seguro, es que éste de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición de viviendas, a pesar de estar formalizado entre operadores de carácter privado, es un seguro de concierto por imperativo legal. La disposición legal impone no sólo su necesario concierto y formalización cuando un promotor proceda a iniciar un proceso constructivo de viviendas destinadas a domicilio o residencia familiar; sino que además establece el objeto el objeto de aseguramiento, el riesgo asegurado y el contenido mínimo del seguro³⁶⁹.

Con independencia de su regulación normativa, esta modalidad aseguraticia de la Ley 57/68, de 27 de julio, al igual que ocurre con los seguros de caución en su modalidad “general”, se configura con tres partes contratantes:

-La aseguradora, que contrata el seguro con el promotor y responde ante los compradores una vez haya expedido a su favor el correspondiente certificado individual relativo a cada una de las viviendas.

última mantiene su vigencia». En este mismo sentido puede verse TIRADO SUÁREZ, F. J., “Estudio sobre el carácter ejecutivo de la póliza”, op. cit. págs. 599 y 600, que señala: «este recordatorio de la vigencia tiene una gran utilidad, ya que pone de manifiesto que la posición liberalizadora de la Ley 33/1984 no ha afectado a los seguros obligatorios surgidos de la tutela de los derechos de terceros, en este caso los adquirentes de viviendas».

³⁶⁹ PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 52.

-El promotor, que además de ser el tomador de la póliza es el obligado principal cuyo cumplimiento está garantizado por el seguro.

-Y por último, los beneficiarios del mismo, esto es los asegurados o compradores de las viviendas que con dicho seguro tienen garantizado el cumplimiento del promotor o en caso contrario la acción contra la aseguradora para verse resarcidos de los daños por su incumplimiento, con la devolución de las cantidades por ellos entregadas para la adquisición de las viviendas.

3.1. Régimen legal del seguro

El apartado 2º del número Dos de la DA 1ª LOE³⁷⁰, establece que:

«1. Para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales.

b) 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

³⁷⁰ Redacción dada por la ley 20/2015, de 14 de julio.

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.

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.

d) Corresponde la condición de asegurado al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.

e) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible.

f) 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.

g) La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.

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.

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

i) En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.

j) El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos.

k) En el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro».

En términos generales, la redacción de la DA 1ª LOE (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio) resulta continuista con la línea marcada tanto por la Ley 57/1968, de 27 de julio, como por la doctrina jurisprudencial de desarrollo.

Destáquese de la nueva redacción de la materia dada por la referida DA 1ª LOE, lo que podemos definir como un déficit de protección para el adquirente (por cuanto dicha Disposición adicional exige que se haya otorgado la correspondiente licencia de edificación). De la DA 1ª LOE (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio) queremos hacer especial hincapié en los apartados f) a h):

De una parte, en el apartado f) de la DA 1ª LOE³⁷¹ (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio) se especifica cuál debe ser la duración mínima de contrato, señalando que no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas.

Y además, incluye una previsión en relación con la posibilidad de concesión de prórroga, previa negociación de prima, de lo que necesariamente deberá informar al asegurado.

En segundo lugar, véase que el apartado g) de la DA 1ª LOE³⁷² (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio), introduce la previsión en favor de la entidad aseguradora (y del adquirente en última instancia) de permitir a la entidad aseguradora

³⁷¹ Apartado f) de la DA 1ª LOE (según redacción de la Ley 20/2015): «*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.*».

³⁷² Apartado g) de la DA 1ª LOE «*La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.*».

comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.

Es obvio que esta posibilidad legal que se ofrece a la entidad aseguradora dota de más transparencia el proceso de contratación, lo que necesariamente redundará en beneficio del adquirente.

Llámesese la atención sobre el apartado h) de la DA 1ª LOE³⁷³ (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio), en el que se incluye la previsión de que el adquirente pueda reclamar frente a la entidad aseguradora, 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.

El referido apartado h) incluye asimismo que además de la devolución de los anticipos a cuenta realizados por el adquirente, los impuestos aplicables y sus intereses y si en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente.

³⁷³ Apartado h) de la DA 1ª LOE (según redacción de la Ley 20/2015): «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.

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación».

Se establece en la previsión incluida en el apartado h) de la DA 1ª LOE (según redacción de la Ley 20/2015, de 14 de julio), que en el plazo de treinta días a constar desde que se realice la reclamación por parte del adquirente a la entidad aseguradora, ésta indemnice al asegurado (adquirente).

Llámesese también la atención sobre la previsión contenida en el apartado Tres de la Disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, que modifica la Disposición Adicional Primera LOE, introduciendo además un apartado tercero con la siguiente redacción: (...) *Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la disposición final tercera. dos de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción» de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación».*

3.2. Pólizas globales y pólizas individuales

Estamos ante un seguro por cuenta ajena contratado por el promotor (en concreto la modalidad del seguro de caución del artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que no coinciden las personas del tomador del seguro o contratante (promotor) y el asegurado o beneficiario (adquirente).

A este supuesto se refiere el artículo 7.2 LCS que establece que *“Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro”*.

Así, este tipo de seguro se configura al amparo del artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro, en el que tomador y asegurado son distintas personas con obligaciones y deberes diferenciados, aunque esta modalidad de la Ley 57/68, de 27 de julio, presenta la especialidad de que se formaliza mediante el denominado sistema de doble póliza³⁷⁴, es decir, una póliza global suscrita entre asegurador y tomador o promotor, relativa a toda la promoción de viviendas, y la impropia llamada póliza individual —o propiamente denominados certificados individuales³⁷⁵— que se

³⁷⁴ En este sentido vid. PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 54.

³⁷⁵ Esa nomenclatura empleada por el citado artículo, no es compartida por algunos autores, así MALDONADO MOLINA la “censura” en palabras de PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 54.

Vid. 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”, en Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, nº 27, Primer Trimestre Año 2011, pág. 10.

PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 54, añade al respecto, que el hecho de que esta modalidad de seguro se formalice mediante el denominado sistema de doble póliza, hace que esta modalidad de la Ley 57/1968 se configure como un

expiden para cada uno de los compradores de las viviendas. Así, la Orden de 29 de noviembre de 1968, en su artículo 2 establece que se formalizará un contrato colectivo entre asegurador y contrato para garantía de los adquirentes de viviendas con pagos anticipados y una póliza individual de seguro como título de garantía a favor de este último, aclarando a estos efectos que *“se entiende que contratante es el promotor, vendedor o cedente de las viviendas, deudor garantizado que contrata el seguro colectivo y que ha de pagar las primas; asegurado es el cesionario o adquirente de una vivienda con pagos anticipados, de cuyo reintegro queda garantizado; y seguro colectivo es el que se refiere al conjunto constituido por los asegurados adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas”*.

El hecho de que esta modalidad de seguro se formalice mediante el denominado sistema de doble póliza, hace que esta modalidad de la Ley 57/1968, de 27 de julio, se configure como un seguro de grupo «seguro por el que la póliza colectiva, que es la formalizada entre la promotora y la aseguradora, es flotante o global, toda vez que tiene por objeto toda la promoción inmobiliaria, toda vez que tiene por objeto toda la promoción

seguro de grupo «seguro por el que la póliza colectiva, que es la formalizada entre la promotora y la aseguradora, es flotante o global, toda vez que tiene por objeto toda la promoción inmobiliaria, toda vez que tiene por objeto toda la promoción inmobiliaria, mientras que la llamada póliza individual, es decir el certificado individual que se entrega a cada uno de los compradores respecto de su vivienda concreta e individualizada, es lo que concreta el objeto del seguro – individualizando el riesgo, identificando al asegurado y cuantificando la suma asegurada- determinación que se produce tras la declaración de abono del cedente o tomador».

inmobiliaria, mientras que la llamada póliza individual, es decir el certificado individual que se entrega a cada uno de los compradores respecto de su vivienda concreta e individualizada, es lo que concreta el objeto del seguro –individualizando el riesgo, identificando al asegurado y cuantificando la suma asegurada– determinación que se produce tras la declaración de abono del cedente o tomador»³⁷⁶.

Por tanto, la póliza denominada colectiva, suscrita por el asegurador con el tomador (promotor de las viviendas) establece el marco global de afianzamiento de todas las posibles cantidades que puedan ser anticipadas por los compradores que vayan adquiriendo las viviendas de la promoción, y más tarde serán los certificados individuales expedidos a nombre y a favor de cada uno de los compradores concretos y de terminados, los que identificarán exactamente a su titular, y concretarán también la obligación exacta que se asegura (la entrega y obtención de licencia primera ocupación en el plazo con venido) la cantidad máxima asegurada (que se corresponderá con las cantidades por ellos anticipadas o a anticipar para la adquisición de la vivienda según su contrato privado de compra venta) así como la fecha de inicio de la cobertura, individualización del riesgo asegurado que se referirá a la

³⁷⁶ Vid. PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 54.

vivienda concreta e individualizada y especificada en cada certificado individual³⁷⁷.

³⁷⁷ Vid. PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 55. El referido autor, advierte en la citada obra, que este sistema de formalización del seguro a través del denominado sistema de doble póliza, ha venido comportando una serie de problemas tanto en lo que respecta a su formalización inicial, como en lo que respecta a su funcionamiento posterior. En ese sentido, vid. MALDONADO MOLINA, F. J., “Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución (...)”, op cit. pág. 12.

Mantiene PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., pág. 55, que «en lo que se refiere al momento inicial de su suscripción, se presentan, desde un primer momento, una serie de dificultades de índole práctica derivadas principalmente de la imposibilidad de formalización del seguro con unidad de acto, es decir, la imposibilidad de que a la firma de la compraventa se haga entrega de la garantía». Esto obedece a que los manuales de las compañías requieren que, para contratar el seguro, la promoción ya cuente con al menos el 50% de las ventas.

«La consecuencia que se deriva de esta imposibilidad de unidad de acto en la formalización de la póliza y de los certificados individuales (...) ha sido que algunos promotores hayan aparentado disponer de las garantías o seguros exigidos por la Ley, cuando en realidad solo contaban con la póliza colectiva pero sin haber emitido luego esos certificados individuales. Si además a ello se le une la inexistente sanción para los promotores –a pesar de la prevención legal - en caso de incumplimiento de su obligación de suscribir el contrato de seguro fácil entender cómo la tónica habitual por parte de los promotores ha sido la de incumplir con su obligación legal no suscribiendo este tipo de seguro, llegándose a cifrar que según estimaciones hechas por las propias compañías de seguros, “en las viviendas libres solo el 30% de las promociones cumplen con lo establecido en la Ley 57/1968, elevándose esta proporción al 70% en las VPO, si bien existe quienes mantienen que el incumplimiento es muy superior, alcanzando al 97%».

Téngase en cuenta, tal y como advierten ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, I. y GÓMEZ DE LA SERNA, R., en “El seguro en la construcción: un breve estudio de sobre los seguros obligatorios”, Aranzadi, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 760/2008, tras la derogación de las sanciones penales previstas en la Ley 57/1968 quedan solo las sanciones administrativas de la Ley, que tal y como advierten los referidos autores, han venido a ser calificadas de palmariamente escasas e insuficientes, imputándose a esa tibieza normativa la falta de su concierto.

El segundo problema que plantea PÉREZ CALVO, en PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento (...)”, op cit., págs. 55 y 56, es el apuntado por algunas resoluciones judiciales que han venido a declarar que solo con la formalización de la póliza global y por tanto sin necesidad de la expedición de los certificados individuales para cada uno de los compradores de las viviendas, se puede llegar a entender que hay que conceder cobertura a todos los adquirentes que hayan anticipado cantidades para la adquisición de alguna vivienda en esa promoción. En este sentido, destáquese la opinión de LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución de pólizas colectivas”, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, abril 2011.

Tal y como señala el indicado autor, en este sentido se ha dictado por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Sevilla el auto de 1 de junio de 2010 seguido por alguna resolución de los juzgados de 1ª instancia de esa misma localidad, resolución que ha tenido por único precedente conocido la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª de 30 de diciembre de 1999 (Roj: SAP MA 4031/1999).

Por su interés transcribimos el Fundamento Jurídico Segundo de la: «SEGUNDO.- Expuestas las consideraciones anteriores a efectos meramente dialécticos, en cuanto a la cuestión de fondo debatida en esta alzada opuso la recurrente a la pretensión demandante que el contrato concertado de compraventa no se ajustaba a los requisitos necesarios prevenidos en la Ley 57/1968, de 27 de julio, porque la condición de asegurado no la adquirían los compradores de la vivienda por el mero hecho de suscribir un contrato de compraventa, sino por la asunción expresa del riesgo por la Compañía de Seguros mediante la suscripción de póliza individual con el devengo de la prima correspondiente que era, en definitiva, lo que hacía nacer la responsabilidad indemnizatoria de Crédito y Caución, circunstancia que al no cumplirse en el caso determinaba, a su modo de ver, la exoneración de responsabilidad en la aseguradora o, en su caso, subsidiariamente, que el importe indemnizatorio quedara reducido en ochocientas setenta mil pesetas (870.000 ptas.), por cuanto que, a su entender, se había producido una duplicidad en el pago de una misma cambial, sin que procediera, igualmente, el recargo de intereses, consideraciones que deben obtener de la Sala de apelación respuesta adversa, por cuanto que consta al documento número 19 de los acompañados con el escrito inicial de demanda (folio 42) que la póliza colectiva de afianzamiento número 2.263.614 por un capital asegurador de cincuenta millones de pesetas -50.000.000 ptas.- garantizaba veinticuatro -24- viviendas que se iban a construir en el Paseo del Pan Triste en la localidad de Torremolinos, figurando como la vivienda adquirida por los demandantes quedaba incluida dentro de las garantizadas al recogerse en el certificado expedido por el Arquitecto Don Lucio obrante al folio 28 (documento 13 de la demanda) que las obras que se ejecutaban

En relación con la regulación legal del seguro de caución y garantías legales de las cantidades anticipadas para la adquisición de

constaba de dicho número de viviendas y aparcamientos, lo cual unido al hechos incontrovertido de que la vivienda no fue entregada al paralizarse las obras y que la obligación de expedir la póliza

individual le competía tan solo a la aseguradora, determina claramente el precedente deber de indemnizar por la cuantía exigida en el procedimiento, por cuanto que siendo cierto que en el calendario de pagos que figura en el contrato privado de compraventa aparece entregada la suma de un millón cuatrocientas mil pesetas (1.400.000 ptas.) en el acto de la firma y, entre otras, el libramiento de las cambiales con fechas de vencimiento de veinte de noviembre de mil novecientos noventa y veinte de mayo de mil novecientos noventa y uno por importe cada una de ellas de ochocientos setenta mil pesetas (870.000 ptas.), efectivamente, se advierte como las dos reclamadas recogen una misma fecha de vencimiento (20 de noviembre de 1990) por un mismo importe, pero esto no puede, en manera alguna, considerarse como duplicidad de pago, habida cuenta de que son dos efectos diferentes -números OB2944251 y OB3869763- aceptadas por Doña Beatriz a favor de la mercantil vendedora "Prodisur S.A.", la cual no ha negado en ningún momento no haber percibido la cantidad reclamada de principal -3.140.000 ptas.-, a la cual habrá de añadirse el recargo del 6% en atención a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 57/1969 al establecer como el cedente se obliga a la devolución al cesionario asegurado de las cantidades percibidas a cuenta más el expresado interés anual en el caso de que concurra cualquiera de las circunstancias prevenidas por la ley -no iniciación de la construcción, no terminación en los plazos convenidos o no obtención de la cédula de habitabilidad-, lo cual, en absoluto, impide que se imponga a la demandada el recargo del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, por cuanto que éste debe devengarse a partir del momento en el que la aseguradora, tras ser requerida por conducto notarial, adoptó un comportamiento pasivo ante la lícita y legítima reclamación indemnizatoria de adverso, afirmándose en tal sentido por la jurisprudencia como la aplicación del módulo cuantitativo del incremento del 20% a la indemnización no satisfecha por la aseguradora, transcurrido el plazo de los tres meses a que se refiere la norma, puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 38 de la expresada Ley especial, se produce cuando la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual o por cualquier otra causa eficiente - T.S. 1ª SS. de 21 de octubre de 1986, 20 de febrero de 1988 y 31 de marzo de 1992, entre otras muchas, circunstancia ésta que indudablemente se aprecia en el caso que tratamos, lo que debe llevamos, en definitiva, haciendo suyas la Sala de alzada las consideraciones jurídicas contenidas en la sentencia recurrida, al rechazo de cuantos argumentos impugnatorios se adujeran en contra del Fallo condenatorio de instancia y, por tanto, a la íntegra confirmación del mismo».

viviendas, queremos destacar el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2013 de 13 septiembre³⁷⁸, que dice: «El seguro de caución aparece definido en el art. 68 LCS, en los siguientes términos: "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 asegurado deberá serle reembolsado por el tomador del seguro". Esta norma debe ponerse en relación con otras de la propia LCS, en especial su art. 1 según el cual "[e]l contrato de seguro es aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas"; y su art. 3, que en los incisos segundo y tercero de su párrafo primero dispone lo siguiente: "Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito"».

³⁷⁸ RJ 2013/5931.

Por lo que se refiere a la delimitación temporal del seguro, es de advertir que existe una contradicción al respecto entre el art. 4 c) y el art. 4 f) de la Orden de 29 de noviembre.

Según el art. 4 c) de la Orden de 29 de noviembre de 1968³⁷⁹, el último día de cobertura del seguro sería precisamente el día en que deberían entregarse las viviendas conforme al contrato.

Pero conforme al art. 4 h) de la Orden de 29 de noviembre de 1968³⁸⁰, el siniestro se produce cuando, no entregada la vivienda, el asegurado ha requerido de pago infructuosamente al promotor³⁸¹.

³⁷⁹ Artículo 4 c) de la Orden de 29 de noviembre de 1968: «En el condicionado general del contrato de seguro colectivo figurarán como condiciones mínimas, uniformes para todas las Entidades aseguradoras, las siguientes:

c) *La duración del contrato de seguro colectivo será la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas, 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».*

³⁸⁰ Artículo 4 h) de la Orden de 29 de noviembre de 1968: «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:

- *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 1º de la Ley de 27 de julio de 1968.*
- *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 acompaña copia del mencionado requerimiento, deberá indemnizar al asegurado».

³⁸¹ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C., “Garantías por cantidades...”, op. cit., pág. 607. Mantiene el citado autor que «sería absurdo que el asegurador pretendiera liberarse el mismo día en que se produce el incumplimiento de la obligación material de entrega. Por eso, debe entenderse que el período de cobertura no puede ser inferior al tiempo en que necesariamente ha de producirse el

Por lo que se refiere al hecho de que esa modalidad aseguraticia se configure como sistema de póliza doble, se quiere llamar la atención sobre la sentencia del Tribunal Supremo (penal) de 5 de abril de 1995³⁸². Establece el Alto Tribunal, que la contratación de la póliza colectiva en favor de los adquirentes no hace nacer en favor de ellos ningún derecho, hasta que se realice la emisión de cada póliza individual.

La aseguradora puede rechazar la emisión de cada póliza individual. La aseguradora puede rechazar la emisión de estas pólizas, así como resolver el contrato, cuando el promotor, cuando el promotor falta a sus compromisos.

También la Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de septiembre de 1983 advirtió que la póliza colectiva de afianzamiento no significa que el asegurador asuma ninguna garantía en favor de futuros adquirentes, que sólo existirá cuando se emita el correspondiente certificado individual³⁸³.

siniestro, pues de otra forma el contrato sería nulo por inexistencia de riesgo cubierto».

³⁸² RJ 1995, 2816

³⁸³ Vid el Fundamento de Derecho Sexto de la STS (de lo Penal) de 5 de abril de 1995: «El seguro de caución, como se conceptuó el que nos ocupa, es un negocio a favor de tercero de aquellos a que se refiere el art. 1.257 del Código Civil; en los mismos el tercero ha de hacer llegar su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada la estipulación. Una vez producida la aceptación del beneficiario, el negocio despliega ya todos sus efectos y, en concreto, el derecho del asegurado se hace exigible frente a la compañía aseguradora. En virtud de la aceptación por parte del beneficiario -aquí los adquirentes o cesionarios de viviendas- del seguro de caución, surge a favor de éste y a cargo de la compañía aseguradora una especie de obligación de fianza,

obligación autónoma entre fiador-asegurador y acreedor-adquirente. Nos hallamos ante un seguro por cuenta ajena encuadrable en la categoría propia de los contratos a favor de terceros, quedando amparado el patrimonio de los compradores de viviendas frente a los posibles daños sufridos a consecuencia del incumplimiento por el promotor.

Conectando las diversas consideraciones que preceden, 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. Aquéllas reflejan la identidad del adquirente beneficiario, el quantum de las sumas anticipadas, la prima congruente con ellas y con el plazo de duración de la garantía, la efectividad de su abono, todo como justa contraprestación al riesgo asumido por la aseguradora. Tan relevantes resultan semejantes formalidades complementarias que la Ley -art. 2º, párrafo último- obliga al cedente o promotor a que en el momento de otorgamiento del contrato de compraventa, haga entrega al cesionario del documento que acredite la garantía individualizada; sobre aquél recae el deber de abono de la aludida prima. Según el art. 3.º de las condiciones generales de la póliza, el objeto del contrato de seguro es el pago de una indemnización a cada uno de los asegurados -adquirientes- 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 iniciare, lo llegare a buen fin o no fuere entregada en los plazos convenidos en los contratos de cesión, o no fuere expedida la cédula de habitabilidad, y no les fueren devueltas, total o parcialmente, las cantidades percibidas a cuenta por el contratante más el 6 por 100 de interés anual. Observemos que la prima provisional del contrato colectivo se retiene por la compañía y será devuelta al término del seguro, en cuyo momento se reintegrará al promotor, salvo el supuesto de que deba cumplir la función de reajuste que el párrafo último del art. 7º de las condiciones generales le asigna.

La Dirección General de Seguros, en Resolución de 26 de septiembre de 1983, estima que en virtud de lo dispuesto en el núm. 8 de la Orden de 5 de junio de 1964, en el seguro de cantidades anticipadas para viviendas, la contratación de pólizas colectivas por la constructora, no implica ninguna asunción de garantías a favor de los posibles adquirentes de viviendas; la garantía a cada comprador no se produce hasta que no se realiza la emisión de cada póliza de seguro individual, complementaria del respectivo contrato (f. 334)».

Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 599, que en sentido opuesto, mantienen que «seguramente con criterio más justo», la SAP de Málaga de 30 diciembre 1999 (Roj: SAP MA 4031/1999), considera que no perjudica al adquirente la ausencia de póliza individual.

Por lo que se refiere a la redacción de la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) en su apartado segundo primera, exige lo siguiente, respecto del seguro de caución al que se refiere la Ley: *«1. Para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas deberá cumplir los siguientes requisitos:*

a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales.

b) 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.

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.

d) Corresponde la condición de asegurado al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.

e) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible.

f) 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.

g) La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.

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.

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

i) En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.

j) El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos.

k) En el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro».

Vemos por tanto, que se concreta en la redacción de la DA 1ª, Dos, 1, a), LOE dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, que «*se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales*».

Ya no se deja tan abierta la redacción de la Ley como en el caso de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sino que se concreta que se deberá otorgar póliza individualizada por cada uno de los adquirentes que hayan entregado anticipos a cuenta para la compra de la vivienda.

4. Carácter ejecutivo del aval y del seguro

El art. 3.2 de la Ley 57/1968 establece que «*el contrato de seguro o el aval unido al documento febaciente 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 asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley». Es visto que existe un reconocimiento expreso en la Ley 57/1968, al carácter ejecutivo del aval o seguro otorgados al amparo de la misma (en consonancia con la exigencia impuesta en el ordinal 9º del art. 517.2 LEC).

Así pues, la Ley 57/1968, de 27 de julio, confiere al aval el carácter de título ejecutivo siempre y cuando se acompañe de documento fehaciente de la no entrega en plazo.

La vía procesal para exigir la devolución de las cantidades anticipadas al avalista sería la ejecutiva por expresa previsión legal. Adviértase que la Ley 57/1968, de 27 de julio, hace mención a la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 1881), con lo que pudiera surgir la duda sobre la procedencia de acudir a la vía ejecutiva en la actualidad³⁸⁴.

³⁸⁴ Vid. DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, en *La Toga: Revista on line del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, nº 174, mayo/julio, 2009. Entiende el citado autor que: «... partimos del hecho de que el art. 3 Ley 57/1968 no ha sido derogado (no ha corrido la misma suerte que el art. 6, derogado por disp. derog. única LO 10/1995, de 23 diciembre, del Código Penal); es más, la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de diciembre), en su disposición adicional primera, viene a confirmar dicho extremo. Sí es cierto que la llegada de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 no vino acompañada de una mención expresa del aval *ex* Ley 57/1968 como título que llevará aparejada ejecución, pero esto no quiere decir que dicho documento quedará excluido de los títulos recogidos en el art. 517 LEC 1/2000. En efecto, dicho aval es perfectamente encuadrable en el ordinal 9º del

Por su parte, adviértase que en la redacción dada a la DA 1ª LOE, por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no se incluye ninguna referencia expresa, como hemos visto que sí existía en la Ley 57/1968, de 27 de julio, al carácter ejecutivo del aval o el seguro regulados en dicha Ley. Así las cosas y de conformidad con el ordinal 9º del art. 517.2 LEC, resulta evidente que no se puede predicar del aval o seguro que se otorguen a la amparo de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, por la Ley 20/2015, de 14 de julio, su carácter ejecutivo³⁸⁵.

La consecuencia lógica de tal ausencia de reconocimiento expreso del efecto ejecutivo al aval o seguro otorgados al amparo de la Disp. Adic. 1ª LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015 de 14 de julio) supone que la única opción que tiene el adquirente que se enfrente a un incumplimiento de sus obligaciones principales por parte del promotor-vendedor es acudir a la vía declarativa instando la rescisión (resolución del contrato) o en su caso, conceder una prórroga al promotor-vendedor.

art. 517.2 LEC, por cuanto establece que son títulos ejecutivos los “documentos que por, disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución».

³⁸⁵ Y ello por cuanto de conformidad con el ordinal 9º del art. 517.2 LEC son títulos ejecutivos los “documentos que por, disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución” y es visto que en la referida Disp. Adic. 1ª de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre (según redacción dada por la Ley 20/2015 de 14 de julio) no se atribuye dicho carácter ejecutivo de manera expresa al aval o seguro que se otorguen al amparo de dicha regulación.

Así las cosas es visto que la nueva redacción de la regulación de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas “olvida” una de las ventajas más interesantes que ofrecía al adquirente la anterior regulación de la materia (Ley 57/1968, de 27 de julio), esto es, el reconocimiento expreso del carácter ejecutivo del aval o seguro otorgados conforme a dicha Ley. Lo que posibilitaba al adquirente el acceso a un procedimiento mucho más ágil para lograr la eventual devolución de las cantidades anticipadas, ante un incumplimiento esencial del promotor-vendedor.

4.1. Modo de exigir el cobro del aval o seguro ante el incumplimiento de las obligaciones del promotor.

Por lo que se refiere al modo de instar la ejecución del aval o seguro conforme a la Ley 57/1968, de 27 de julio, es habitual que en los procedimientos contra las entidades aseguradoras se haga referencia a la necesidad de haber «requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la viviendas más sus intereses al 6 por 100 anual (o el legal, según corresponda)», considerándolo incluso como presupuesto para el inicio de la ejecución³⁸⁶

³⁸⁶ Véase, que como mantiene la profesora DIÉGUEZ OLIVA en DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit. pág. 11, que “parece que la jurisprudencia de ciertas Audiencias Provinciales

El presupuesto fáctico de partida de la ejecución de las garantías es el no inicio de las obras en el plazo fijado, o su no conclusión y entrega de la obra en el tiempo estipulado y como consecuencia, la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta. Para ejecutar el aval o el contrato de seguro señala el art. 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que a los mismos habrá que acompañar *«documento fehaciente en el que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda»*.

La Ley no exige ni el previo requerimiento al vendedor ni la previa resolución frente al vendedor, a modo de una garantía a primer requerimiento. Dicha exigencia y únicamente con respecto al seguro de caución, se encuentra en el art. 4. f) 2 de la Orden de 29 de diciembre de 1968, conforme al cual: *«entrará en juego la garantía del asegurador, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: 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 su interés...»*. Pero no en cuanto al aval que además, tal y como establece el art. 1.1 de la Ley 57/1968, ha de ser solidario.

Destáquese que es práctica habitual de las entidades aseguradoras y bancarias ir incluso más allá en el tenor literal de las cláusulas relativas a los requisitos para poder proceder a la reclamación, cláusulas tales como: *«se entenderá producido el*

confunde lo que sería la producción del siniestro en el ámbito del seguro de caución, esto es, la no devolución de las cantidades entregadas a cuenta por el obligado a ello, esto es, el promotor o parte vendedora y los presupuestos de la resolución por incumplimiento del contrato de compraventa”.

siniestro, cuando además se hayan cumplido los siguientes requisitos: 2. que por el asegurado se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al tomador y éste no dé cumplimiento al ap. a) del art. 2 de la mencionada Ley (en referencia a la Ley 57/1968), negándose a devolver las cantidades percibidas a cuenta del inmueble más el interés legal correspondiente [...]»³⁸⁷.

³⁸⁷ La cláusula transcrita, no sólo se exige en la misma y conforme al mencionado art. 4 de la Orden de 29 de noviembre, el requerimiento notarial o fehacientemente al tomador sino que además haya una negativa a la devolución de dichas cantidades cuando el tenor literal de aquél señala que no se haya producido la devolución.

El referido criterio tiene su apoyo además en ciertas resoluciones judiciales como la STS de 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4264), en la que la garantía prestada era un seguro de caución, y en la que con relación a la necesidad o no de previo requerimiento a la parte vendedora, señala que a la parte compradora, «le incumbe la prueba de la realización del siniestro que da origen a la indemnización y de los demás requisitos legales de los que la Ley hace depender la obligación de pago de la aseguradora; al entenderlo así la sentencia recurrida no ha alterado la regla sobre la carga de la prueba del art. 1214 del Código Civil» (FD Cuarto), en el mismo sentido que el art. 7 LCS cuando establece que «si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado» , haciendo recaer por tanto en el asegurado y no sólo sobre el tomador del seguro, la obligación de comunicar la verificación del siniestro. En tal sentido corresponde al asegurado que reclama el pago de la indemnización pactada la prueba de que efectivamente se ha producido el siniestro denunciado, así como la prueba de que se ha requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más el interés legal del dinero, como exige el art. 4, f) de la Orden de 29 de noviembre de 1988, pues si el párrafo tercero del citado art. 7 establece que «los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida», porque no quedaría eximido el asegurado del cumplimiento y prueba de los presupuestos que condicionan su derecho a exigir la indemnización (FD Segundo).

En el mismo sentido vid. REGLERO CAMPOS, F., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2004”, en CCJC, núm. 67,

enero-abril 2005, págs. 325 a 337 para quien el siniestro, en supuestos de seguros 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.

La profesora DIÉGUEZ OLIVA, R., en DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit. pág. 12, cuestiona la anterior teoría mantenida por REGLERO CAMPOS, y apunta que resulta más acertada a su criterio, la opinión mantenida por el Excmo. Antonio Gullón Ballesteros, ponente de la sentencia de 15 de julio de 2005 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 643/2005 de 15 julio. RJ 2005\9624.

Se establece en el Fundamento de Derecho Preliminar de la citada sentencia que: « PRELIMINAR. Shenkin Limited demandó por las reglas del juicio de menor cuantía a Kairos Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, solicitando que se la condenase al pago a la actora de 9.000.000 de ptas. más intereses legales de dicha suma desde el 27 de agosto de 1991, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

La *causa petendi* de la demanda residía en el incumplimiento por Kairos de sus obligaciones legales como asegurada en el contrato privado de compraventa de 28 de abril de 1990, por el que la actora adquirió de la promotora Forest Hills, SA 6 apartamentos de la promoción de la misma llamada «Poblado Norte», sita en la urbanización FOREST HILLS, SA, en Marbella. El pago del precio se pactó en diversos plazos. En el contrato se decía que la compradora había entregado con anterioridad a su fecha 6.750.000 ptas. Incumplida por la promotora la obligación de entrega de los apartamentos, se accionaba contra la aseguradora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por acoger la excepción de prescripción de la acción. En grado de apelación, la Audiencia revocó aquella sentencia, por no acogerla excepción de prescripción, y, entrando en el fondo del asunto, estimó la demanda, condenando por ello a la demandada Kairos al pago a la actora de la cantidad a nueve millones de pesetas, más intereses legales desde la interposición de la demanda.

Contra la sentencia de la Audiencia ha interpuesto Kairos recurso de casación».

El motivo segundo, al amparo del art. 1692.4º LEC, acusa infracción del art. 4º e) 1 de la Orden de Ley 57/68, de 27 de julio, ya que siendo claro el contrato de seguro de caución, ha de estarse al sentido literal de sus cláusulas, no hallándose, dice la recurrente, ajustada a derecho la interpretación de la sentencia recurrida.

El motivo se desestima porque es contrario a la buena fe exigir a la actora la demostración de que se ha cumplido el requisito de la entrega de cantidades

Y con relación a los avales «la presente garantía entrará en juego, sin necesidad de previa conformidad por parte del promotor, en caso de que no se inicie o no se llegue a buen fin la construcción en el plazo convenido, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: 2. que el comprador haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al promotor y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más los intereses legales del dinero».

anticipadas a la promotora mediante ingreso en cuenta corriente específica. Si la aseguradora emitió el aval al pagar un plazo del precio aplazado, es evidente que la emisión estaba conectada con la entrega de la cantidad. El aval se emitía sin controlar que se había hecho a través de la cuenta especial; venir ahora con esta exigencia contradice el *modus operandi* de la aseguradora, que no se preocupaba en absoluto porque se cumpliera lo ordenado en la Ley 57/68, y que avalaba, no obstante.

Reprocha también la aseguradora recurrente a la actora que no haya cumplido el requisito legal de haber requerido previamente a la promotora para que la devolviese las cantidades entregadas más un 6 por 100, sin cuyo requisito nada puede reclamar. Pero la Ley 57/68 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.

No obstante ello, es admisible que en contrato con la promotora, se hubiera introducido la limitación al amparo del principio de autonomía de la voluntad, pero tal cláusula debió ser aceptada de modo expreso, además de aparecer subrayada y destacada, por el asegurado-comprador de la vivienda (art. 3 Ley de Contrato de Seguro de 1980. No se ha probado que así fuera, según la sentencia recurrida, prueba que correspondía a la aseguradora por estar a su entera disposición. La misma, en contra, dice que aportó un modelo de condiciones del seguro que manifestó ser general e igual en todos los casos, pero es evidente que son los documentos impresos sin firma por no el contrato original entre aseguradora y tomadora. Si el Tribunal Supremo ha considerado que la inclusión de cláusulas en las que se limite la cobertura a las cantidades ingresadas en la cuenta especial, bien por no poder repercutir en el comprador-consumidor las consecuencias de una obligación que le corresponde a la parte vendedora por ley, en igual sentido debemos pronunciarnos en cuanto a este tipo de cláusula incluidas en los avales de los que ni siquiera son parte contratante los consumidores.

Existiendo la obligación de la entidad aseguradora de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por concurrir todos los presupuestos contenidos en la Ley 57/1968, de 27 de julio, y en la Orden de 29 de noviembre de 1968, es necesario fijar el *dies a quo* con relación a la aplicación del interés del 6% o «*los intereses legales del dinero vigentes hasta que se haga efectiva la devolución*» (Disp. Adic. Primera LOE).

El 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 Disp. Adic. 1ª LOE³⁸⁸).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 7 de mayo de 2014³⁸⁹, plantea como cuestión central de la resolución, si

³⁸⁸ En el mismo sentido véanse MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, ob. cit., págs. 767 y 768 y DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit. págs. 14 y 15. La referida autora destaca que como señaló la SAP de Cantabria, de 13 de abril de 2004 (PROV 2004, 162754) «si el momento para optar por la prórroga o por la rescisión contractual con el correlativo efecto de devolver las cantidades entregadas a cuenta incrementadas con el interés punitivo es el momento de la fecha de la entrega de la vivienda, evidente resulta que ese interés punitivo ha de empezar a contarse desde que las cantidades anticipadas fueron entregadas, pues en caso contrario no tendría sentido la previsión legal y perdería toda su eficacia conminativa, pues se trata de interés que la ley contempla en razón al tiempo transcurrido entre la entrega de las cantidades por el cesionario y la falta de entrega de la vivienda, como contrapartida a la devaluación de la cantidad entregada» SAP de Cantabria, de 13 de abril de 2004 (PROV 2004, 162754); SAP de Asturias, de 27 de junio de 2005 (PROV 2005, 203199) , SAP de Málaga de 30 de junio de 2005 (PROV 2005, 238333).

³⁸⁹ Vid. Roj: STS 2391/2014.

transcurrido el plazo de entrega de la vivienda adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, se puede o no entender que automáticamente puede reclamarse el importe al avalista, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o no, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato, es decir, si se produce la apertura automática de la posibilidad de reclamar con cargo al aval al día siguiente de incumplido el plazo de entrega de la vivienda, sin que pueda entenderse en la cuestión de si estará justificado el retraso.

Destacamos el Fundamento de Derecho Segundo de la indicada sentencia, que dice «(...) Si el art. 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio es una norma de rescisión automática distinta de la del art. 1124 CC que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la

Ley 57/1968 o por el contrario hay que examinar la causa de resolución vía art. 1124 C. Civil.

Se estima el motivo.

Por el recurrente se alegó que al reclamar el importe de las cantidades entregadas a cuenta al avalista, es suficiente con acreditar que no se ha cumplido el plazo de entrega de la vivienda adquirida, sin necesidad de examinar la causa de resolución (vía art. 1124 CC) por lo que no sería necesario entrar a valorar si el incumplimiento de la promotora-vendedora es grave o no y sin necesidad de razonar sobre la frustración o no de la finalidad contractual.

Esta Sala debe decidir, al pedirlo el recurrente, si transcurrido el plazo de entrega de una vivienda, adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, se puede entender que automáticamente puede reclamarse el importe al avalista, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o no, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato.

El recurrente plantea que se produce la apertura automática de la posibilidad de reclamar con cargo al aval al día siguiente de incumplido el plazo de entrega de la vivienda.

En base a ello el comprador y recurrente entiende que si la vivienda se hubo de entregar el 31 de diciembre de 2008, el importe del aval se podía exigir desde el 2 de enero de 2009 (primer día hábil), sin que se deba entrar a considerar si el plazo de expedición de la licencia de primera ocupación fue excesivo o no (emitida el 9 de marzo de 2009 y solicitada el 9 de enero de 2009)».

El Alto Tribunal recoge en la citada sentencia, que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación de aval o garantía es esencial en cuanto instrumento que 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 (vid. preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio), previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando, todo ello tal y como se ha reiterado por el Tribunal Supremo, en las sentencias de 25 de octubre de 2011, 10 de diciembre de 2012 y 5 de febrero de 2013³⁹⁰.

³⁹⁰ El profesor y Magistrado de la Audiencia Provincial de Cáceres D. LUÍS SANZ ACOSTA, en SANZ ACOSTA, L., “Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura. (A propósito se la STS de 7 mayo 2014)”, en Actualidad Civil, Número 10, Octubre 2014, pág. 1110, realiza las siguientes conclusiones a la vista de la sentencia del Alto Tribunal antes dicha: «Sentada dicha trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, se adentra la sentencia en la cuestión nuclear relativa a si se trata de un aval de naturaleza autónoma supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por lo contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza. Pues bien, la Sala concluye que, del tenor de los artículos de la Ley 57/1968, del carácter legal del aval y de su función esencial garantizadora, se desprende que debe entenderse que el avalista responderá automáticamente en el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. La referencia a «cualquier causa» está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, lo que conduce a entender que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al art. 1853 del CC. (...)

La decisión contenida en esta sentencia es tremendamente importante y consolida una línea jurisprudencial que deja al margen de la controversia sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato principal de compraventa. Una

La DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) en su apartado Cuatro, dedicado a “Ejecución de la garantía”, establece que: *«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 una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda»*³⁹¹.

línea que destaca que el hecho motivador del pago por el avalista no es el incumplimiento de la obligación principal avalada, que atañe a comprador y promotor-vendedor del contrato de compraventa, sino los requisitos exigidos por la Ley 57/1968 (...)

No se requiere ni la previa resolución judicial de la compraventa ni que la acción frente al avalista se articule acumuladamente a la acción de resolución frente a la promotora vendedora y por ello el avalista no puede esgrimir los argumentos que en relación al incumplimiento podrá exponer el promotor vendedor, sino solo la falta de requisitos exigidos para la operatividad del aval. Incumplida así la obligación de entrega de la vivienda en cuanto al plazo pactado, nace la obligación del avalista de reintegrar las cantidades anticipadas a cuenta por el comprador y que fueron garantizados por el aval (...). Esta decisión, sin duda alguna, hará más difícil que en la práctica las entidades bancarias otorguen estos avales, pero también acrecentará la exigencia por parte de estas a los promotores-vendedores para que concluyan y entreguen las viviendas en el plazo pactado, evitando así las graves situaciones de abuso que se han producido en muchos casos en los últimos años».

³⁹¹ Vemos que el apartado Cuarto de la disposición Adicional de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (que entra en vigor el 1 de enero de 2016), Artículo tercero establece que: *«Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.*

En 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 definitiva, la regulación introducida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, respecto de la ejecución de las garantías al apartado Cuarto de la DA 1ª LOE coincide en gran medida con el precepto que estaba incluido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como con la doctrina jurisprudencial creada en aplicación de la misma, si bien elimina de la nueva redacción la característica más importante reconocida en la Ley 57/1968, de 27 de julio, (art. 3.2), esto es, el reconocimiento expreso de su carácter ejecutivo.

De este modo, la nueva regulación de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas³⁹², priva al adquirente de un procedimiento ágil para lograr la efectividad y rapidez que se derivaba de la redacción contenida en la Ley

en el título XV del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entiende sin perjuicio de los demás derechos que puedan corresponder al cesionario con arreglo a la legislación vigente.

Véase que la Sentencia TS (Sala 1.ª) de 20 enero 2015, Rec. 196/2013, declara 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 (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 estipulada para su entrega. (...) La doctrina que se sienta en la presente sentencia 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.

³⁹² Vid. apartado Cuarto de la Disposición adicional primera de la Ley 38/1999 de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, conforme redacción dada por la ley 20/2015 de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

57/1968 y que necesariamente aboca al mismo (ante un incumplimiento por parte del promotor-vendedor a tener que acudir a la vía declarativa), lo que sin duda alguna dilata mucha el procedimiento para conseguir la eventual devolución de las cantidades anticipadas por el adquirente; o en su caso, a conceder de manera forzada al promotor-vendedor una prórroga.

5. Consecuencias de la prórroga concedida por el comprador al promotor – vendedor

Teniendo en cuenta que el adquirente, ante el incumplimiento por parte del promotor-vendedor tiene varias opciones³⁹³, como analizaremos en el siguiente capítulo, a saber:

a) Resolver extra judicialmente el contrato y exigir del promotor-vendedor la devolución de las cantidades anticipadas más los correspondientes intereses, así como cuantos daños y perjuicios pudiera haber ocasionado el contrato de compraventa;

b) Dirigirse directa y únicamente frente al garante (aseguradora avalista) a través del juicio ejecutivo y exigir la devolución de las cantidades anticipadas más los correspondientes intereses;

c) El adquirente también podrá dirigirse directamente frente a las entidades garantes para que den cumplimiento voluntario a la

³⁹³ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., en *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., págs. 329 a 332.

obligación solidaria (la obligación asumida por los garantes de devolver las cantidades anticipadas junto con los correspondientes intereses legales es solidaria con la obligación del promotor-vendedor) y si las entidades garantes se negaran al cumplimiento de la obligación garantizada el comprador podría instar el correspondiente juicio declarativo solicitando el cumplimiento de esta obligación garantizada solidariamente por la entidad avalista o compañía aseguradora;

d) El comprador puede también exigir el cumplimiento *in natura* del contrato de compraventa y ello aun cuando haya transcurrido el término fijado en el contrato para la entrega de la vivienda. Así mediante el correspondiente procedimiento declarativo contra el promotor-vendedor el adquirente podrá exigir el cumplimiento exacto del contrato de compraventa y la consiguiente entrega de la vivienda, y

c) El comprador-garantizado puede conceder de modo expreso una prórroga al promotor vendedor para la terminación de la construcción y la entrega de la vivienda.

Precisamente en este último supuesto, planteamos las consecuencias que puede tener esa concesión de prórroga por parte del adquirente respecto del promotor-vendedor para el cumplimiento del contrato de compraventa.

En primer término se debe tener presente que, tal y como se exige tanto por la Ley 57/1968, de 27 de julio, (art. 3) como por la

DA1ª LOE (redacción dada conforme a la Ley 20/2015, de 14 de julio) apartado Cuarto, la concesión de prórroga se debe hacer constar de manera expresa por parte del adquirente. Evidentemente, una vez concedida dicha prórroga el comprador no podrá exigir la entrega de la vivienda antes de su transcurso.

El comprador garantizado deberá intentar que la concesión de la prórroga para la terminación de las obras o la entrega de la vivienda cuente con el consentimiento de las entidades aseguradoras³⁹⁴. Aunque pueda parecer complicado que el comprador garantizado que pretenda conceder una prórroga al promotor-vendedor obtenga un consentimiento a la prórroga por parte de la entidad garante, no podemos perder de vista que el comprador garantizado tiene a su favor que, en caso de que el pazo de entrega de la vivienda contractualmente convenido hubiere concluido, el comprador garantizado podría dirigirse directamente

³⁹⁴ El consentimiento del garante que evitaría la extinción de la garantía puede prestarse o manifestarse por cualquier medio. Vid en este sentido ESTRUCH ESTRUCH, J., en *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 303. Vid. también CARRASCO PERERA A., “Comentario al artículo 1851”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANOR., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Pamplona, 2001, pág. 2073. La jurisprudencia utiliza todos los medios de interpretación para apreciar dicho consentimiento «incluyendo que el propio fiador conocía la prórroga o esta partió de su iniciativa, que la prórroga o esta partió de su iniciativa, que la prórroga se preveía (con más o menos claridad) en el contrato principal, que se trata de una fianza en interés propio del fiador (SS. 7 de abril de 1975 [RJ] 1975, 1412]; 8 de mayo 1984 [RJ] 1984, 2399]; 10n septiembre 1997 [RJ] 1997, 6401)]. En idéntico sentido, con cita de numerosa jurisprudencia, véase también RUBIO GARRIDO, T., “Comentario al artículo 1851”, en PASCUAL LIAÑO, M., (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. II, Comares, Granada, 2000, págs. 1348 y 3147.

contra dichas entidades garantes por medio del juicio ejecutivo. Así pues la entidad garante debe sopesar si le compensa prestar su consentimiento a la prórroga o bien enfrentarse al juicio ejecutivo³⁹⁵.

Véase que no se puede considerar como una concesión de prórroga del comprador garantizado el supuesto de que, vencido el plazo en que debía ser entregada la vivienda, el comprador meramente tolere el retraso sin interponer ninguna acción judicial durante un tiempo prudencial, pero sin conceder expresamente la prórroga al promotor-vendedor para la entrega de la vivienda. Recordemos que, tal y como se señala tanto en el art. 3 de la Ley 57/1968 como en el apartado Sexto de la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015), la concesión de la prórroga debe ser expresa³⁹⁶.

³⁹⁵ Señala el profesor Estruch Estruch en ESTRUCH ESTRUCH, J., *en Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 333, opinión que compartimos, que no hay que olvidar que aun cuando la aseguradora se enfrenta a la opción entre conceder la autorización a la prórroga o someterse a la eventual presentación de demanda de juicio ejecutivo por parte del adquirente, ello no impide la aplicación del artículo 1851 CC, pues es evidente que la prórroga otorgada unilateralmente por el comprador garantizado supone una modificación de las circunstancias que el garante tuvo en consideración en el momento de la concesión de la garantía y, por lo tanto, esta prórroga unilateral, aunque hipotéticamente pueda favorecer al garante, no puede suponer la prolongación de la obligación fideiusoria sin su consentimiento.

³⁹⁶ Cfr. RUBIO GARRIDO, T., “Comentario al artículo 1851”, op. cit., pág. 3147. Y véase que para el supuesto de que se produzca una prórroga no expresa sino una mera tolerancia, CARRASCO PERERA, A., “Comentario al artículo 1851”, op. cit., pág. 2073, el fiador debe poder dirigirse contra el acreedor para que decida si reclama la deuda o va a conceder expresamente prórroga y evitar así el estado de incertidumbre del fiador provocado por la inactividad de acreedor.

6. Momento de cancelación de las garantías

Las garantías se cancelarán una vez «...expedida la cédula de habitabilidad por la delegación Provincial del Ministerio de Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de las viviendas al comprador», tal y como establece el artículo 4 de la Ley 57/1968. Dicho precepto es una norma imperativa, establecida en beneficio de los consumidores, que son terceros en la relación entre la entidad de crédito avalista o la compañía aseguradora y el promotor-vendedor.

Así las cosas, las relaciones que puedan establecerse entre garantes y promotor-vendedor, no pueden perjudicar los derechos

Sentado lo anterior, el profesor Estruch Estruch (ESTRUCH ESTRUCH, J., en *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 334) llama la atención sobre la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4264) apreció la existencia de una prórroga tácita del plazo de entrega inicialmente pactado concedido por la comprador a la vendedora eximiendo por esta razón (junto con otras) a la aseguradora del pago de la garantía. El caso era peculiar, según indica el profesor Estruch, porque la compradora era una sociedad anónima que había adquirido dos viviendas que debían entregarse en octubre de 1991. En marzo de 1993 la compradora comunicó a la aseguradora el siniestro solicitándole ésta la documentación pertinente, pero en febrero de 1994 la compradora requirió a la promotora-vendedora para que le otorgara la correspondiente escritura pública de compraventa. Por su parte, en noviembre de 1994 la aseguradora rechazó el pago de la garantía.

El Tribunal Supremo entiende que se concedió tácitamente la una prórroga para la entrega «consecuencia del referido requerimiento de 10 de febrero de 1994», en el que la compradora solicitó de la promotora el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa (esto es, el cumplimiento del contrato), sin que se haya acreditado un posterior incumplimiento de dicha obligación de entrega. Vid. en el mismo sentido REGLERO CAMPOS, F., “Comentario a la STS de 27 de mayo de 2004”, op. cit., págs. 325 y siguientes.

irrenunciabiles de los compradores, que son los únicos a quienes quiere proteger la Ley 57/1968, de 27 de julio³⁹⁷.

Resultando infructuosa la reclamación frente a la entidad aseguradora o bancaria, la ejecución de los mismos se tramitará por el cauce procedimental de los arts. 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una cuestión que ha resultado muy controvertida, ha sido la integración del título ejecutivo, de una parte, por los requisitos establecidos en el art. 3.2 de la Ley 57/1965, de 27 de julio, y en cuanto a la liquidez de la deuda, en supuesto de ejecución de pólizas de seguros de caución, cuando no todas las cantidades han sido ingresadas en la correspondiente cuenta especial, así como cuando no dispone el consumidor de su póliza individual³⁹⁸.

³⁹⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J., en *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., págs. 205 y 206, en este sentido cita comprensiva de esta doctrina la SAP de Madrid de 10 de octubre de 2007 (JUR 2008, 1373), que dice que las normas contenidas en la Ley 57/1968 y en la disposición adicional 1ª de la LOE deben considerarse de carácter imperativo, «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 pueda 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».

³⁹⁸ Cfr. sobre este particular TIRADO 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 prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, coord. MORENO CATENA, Madrid, 1988, págs.. 593 a 604).

Tal y como mantiene MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de

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 vivienda³⁹⁹.

En caso de la cancelación del contrato de seguro, podría producir alguna dificultad de interpretación el artículo 4.c) de la Orden de 29 de diciembre de 1968, sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas, ya que en el mismo se dice *“la duración del contrato de seguro colectivo será la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas, entrando*

diciembre de 1998”, op. cit., págs. 759 y 760, diversas resoluciones judiciales han sostenido que constituye causa de oposición a la ejecución, la iliquidez de la deuda así como el no ingreso en la cuenta especial.

³⁹⁹ Como señala BENAVENTE SEGORB, R.J., en su estudio, “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución (...)”, op cit. págs. 14625 a 14665, y en concreto en las págs. 14660 a 14664, en principio, la expiración del plazo fijado para la entrega de la vivienda supone la extinción del contrato de seguro porque no existe obligación legal de continuar prestando dicha garantía. Es más, si no se ha producido la entrega de la vivienda ni se ha producido la devolución de las cantidades entregadas, el asegurado podría reclamar el pago de la indemnización al haberse producido, en teoría, el siniestro en el último día de la cobertura. En su opinión la situación que se plantea es muy compleja en tanto que el riesgo ha sufrido una considerable alteración al ser mucho mayor, ya que no se ha entregado en el tiempo estipulado y por ende existe un incumplimiento anterior al evento cubierto.

en vigor desde la fecha de apertura de la cuenta especial y concluyendo en el momento en el que lo pactado llegue a un buen fin según sus propio términos y la Ley 57/1969”.

Sin embargo, «la jurisprudencia, de modo uniforme, ha señalado que la compañía aseguradora no puede oponer al asegurado la falta de apertura de la cuenta especial que corresponde efectuar al promotor-vendedor tomador del seguro. Del mismo modo, y en cuanto a la finalización del seguro, aunque de una manera bastante confusa la Orden se remite al texto de la Ley 57/1968, al señalar que el seguro concluirá “en el momento en el que lo pactado llegue a buen fin según sus propios términos y de acuerdo con el texto de la Ley 57/1968”, por lo que es evidente que también resulta de aplicación para el contrato de seguro el artículo 4 de la de la Ley 57/1968, de 27 de julio, y, en consecuencia, únicamente podrá cancelarse el contrato de seguro emitido, o, mejor, únicamente dejarán de tener vigencia las pólizas individuales entregadas a los distintos compradores cuando se les entreguen a estos las viviendas, una vez se obtenga la pertinente autorización administrativa para su utilización⁴⁰⁰».

La DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) en su apartado Cinco “Cancelación de la garantía”, establece que: «*expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación*

⁴⁰⁰ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 210.

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 si el adquirente rehusara recibir la vivienda».

III. APERTURA DE CUENTA ESPECIAL

1. Régimen legal de la apertura de cuenta especial

1.1. Tratamiento en la Ley 57/1968, de 27 de julio

El artículo primero - segunda de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece la obligación para el promotor que pretenda recibir anticipos para la construcción de viviendas, de *«percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas».*

Así pues, la cuenta especial a la que se refiere el citado artículo deberá recibir únicamente como ingresos las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores de determinada promoción de viviendas en construcción, de tal manera que dichas cantidades deberán quedar perfectamente diferenciadas de

cualesquiera otros fondos pertenecientes al promotor⁴⁰¹. Deberían abrirse tantas cuentas diferentes como promociones o fases diversas de la misma promoción estuviera construyendo la empresa promotora-vendedora de las viviendas.

La entidad bancaria y la cuenta especial deberán hacerse constar en el contrato⁴⁰². El Tribunal Supremo ha sostenido con

⁴⁰¹ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., págs. 123 y 124. Vid. asimismo, ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 160. Cfr. también ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 160. El profesor ESTRUCH ESTRUCH, con referencia a GARCÍA MEDINA (GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 10/2006, pág. 2, 11 a 13). Indica GARCÍA MEDINA en el citado artículo que se trata de una “cuenta bancaria especial de ingresos y cargos, subjetivados los primeros y finalistas los segundos”. También señala el citado autor, (GARCÍA MEDINA, J., “cantidades entregadas a cuenta...”, op. cit., pág. 11), que la obligación legal consiste en la apertura de la cuenta especial para cada promoción de viviendas persigue añadir un esfuerzo de cariz higiénico-contable mediante la transparencia que reporta el hecho de la separación patrimonial de este depósito respecto de los demás bienes del promotor-vendedor. Por último se quiere llamar la atención sobre el comentario de GARCÍA MEDINA (GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta...”, op. cit., págs. 12 y 13), en el sentido de que la cuenta especial no es un depósito bancario normal y, por lo tanto no admite «operaciones tan normales como 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 las compensaciones, o barridos, o para enjugar otras deudas del promotor depositante, e otro origen que no sea el pago de las obras de promoción de viviendas a las que el saldo se halla vinculado». Y en similar sentido véanse, CHAMORRO POSADA, M., “Las entidades de crédito...”, op. cit., págs. 50 y 53, que mantiene que las entidades bancarias deberán exigir para reintegros en la cuenta especial «certificaciones de obra ejecutada expedidas por el arquitecto director facturas liquidaciones de contrata».

⁴⁰² Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y

constancia y acierto que el ingreso es un deber del vendedor, no de los compradores, quienes cumplen con anticipar las cantidades en la forma exigida por éste, sin que el asegurador le pueda oponer aquella circunstancia como una excepción al pago⁴⁰³.

Se persigue por la Ley 57/1968, de 27 de julio, que todos los fondos que se contengan en la referida cuenta especial se correspondan con la cantidad total anticipada por los compradores. Y además, que sólo pueda disponerse de los fondos para el pago de las necesidades económicas vinculadas a la construcción de la construcción de la concreta inmobiliaria en la que están incluidas las viviendas respecto de las que los compradores anticiparon cantidades⁴⁰⁴. Ahora bien, como veremos en el apartado 2 “De las consecuencias de que los ingresos de los anticipos se realicen en una cuenta ordinaria, sin la calificación de “cuenta especial” como exige la Ley 57/1968, de 27 de julio”, de este trabajo, no es extraño

GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., pág. 607. Destacan los autores antes citados en la obra señalada que «a pesar de la terminología legal, y de la propia praxis aseguradora –que quiere convertir el ingreso en la cuenta especial en un elemento necesario del supuesto de hecho de la garantía-, el Tribunal Supremo ha sostenido con constancia y acierto que el ingreso es un deber del vendedor, no de los compradores, quienes cumplen con anticipar las cantidades en la forma exigida por éste, sin que el asegurador le pueda oponer aquella circunstancia como una excepción al pago “SSTS 7 junio 1983 (RJ 1983, 3450), 22 octubre 1985 (RJ 1985, 4961); 23 marzo 1990 (RJ 1990, 1720); 22 septiembre 1997 (RJ 1997, 6410) también SAP Valencia 17 abril 1998 (AC 1998, 4642)”».

⁴⁰³ La Sentencia TS (Sala 1.^a) de 13 enero 2015, Rec. 2300/2012, Roj. 275/2015, declara «es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir».

⁴⁰⁴ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., págs. 124.

que las entidades de crédito no comprueben que las cantidades de la “cuenta especial” de las que dispone el promotor-vendedor se destinan única y exclusivamente a las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Siguiendo en este punto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, «la exigencia de cuentas especiales establecida en el art. 1º. 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" (art. 1º. 2ª Ley 57/68). 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»⁴⁰⁵.

La obligación, y con ella la responsabilidad de la entidad surge del presupuesto previo, cual es la apertura por la promotora de esa

⁴⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de octubre de 2007. -RJ 2007, 7312-.

cuenta especial, momento en el Banco tiene la obligación de exigir el aval o contrato de seguro.

«Solo al tiempo de la apertura de las cuentas y depósitos especiales por la promotora, nace la obligación de la entidad bancaria de exigir la constitución del aval o la celebración del contrato de seguro previsto por la norma, no debiendo permitir la apertura de las cuentas especiales, ni la realización de depósitos en ellas, sin cerciorarse previamente que el promotor ha asumido la obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta (SAP Alicante, a 06 de febrero de 2014)⁴⁰⁶ siendo responsable de los daños y perjuicios que se pudieran irrogar a los compradores en el caso de que, por no haberse constituido las garantías legalmente previstas, no pudieran obtener la restitución de lo anticipadamente pagado»⁴⁰⁷.

Para la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) Sentencia núm. 13/2014 de 15 enero. JUR 201440677, reiterando lo expuesto en la sección segunda de la misma Audiencia Provincial en la sentencias de 20 de junio y 25 de octubre de 2012 la responsabilidad se atribuye necesariamente por la mera apertura de la cuenta sin aval, pues la responsabilidad (refiriéndose a la entidad de crédito) surgirá cuando el comprador quiera que le devuelvan su dinero.

⁴⁰⁶ JUR 2014\105893

⁴⁰⁷ Cfr. VV.AA, “Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, en www.cooperativistasafectados.com

Pero si, ejercitado por el comprador su derecho a la devolución, esta no puede hacerse por falta de garantía, habrá de responder la entidad bancaria en la que se hizo el ingreso. Por eso es posible abrir sin aval la cuenta donde se ingresan los anticipos, pero será a riesgo de la entidad financiera, lo que significa la frase “bajo su responsabilidad”.

«No asumiendo, en cambio, responsabilidad alguna la entidad bancaria por la no entrega al comprador del aval o certificado individual del seguro concertado⁴⁰⁸». Así se establece en sentencia del Tribunal Supremo, de 5-2-2013, nº 25/2013, rec. 1410/2010 TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 25/2013 de 5 febrero⁴⁰⁹.

1.2. Apertura de cuenta especial en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. Redacción dada por la Ley 20/2015

La Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (conforme redacción dada por la Ley 20/2015), en su apartado primero, apartado B), exige que los anticipos que realicen los adquirentes para la compra de las viviendas, deberán percibirse por el promotor «... a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con

⁴⁰⁸ Cfr. VV.AA, “Responsabilidad de la entidad financiera (...)”, op cit. *passim*.

⁴⁰⁹ RJ 2013\1995

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.

2. La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero».

Es visto que la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015), recoge las exigencias que hasta la fecha se venían imponiendo por los tribunales en aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio. No existe ninguna novedad significativa respecto de las cuentas en las que el promotor debe recibir los anticipos a cuenta, así pues entendemos que sigue siendo plenamente aplicable todo lo dicho al respecto anteriormente al analizar la Ley 57/1968, de 27 de julio.

1.3 Concepto de cuenta especial

Como hemos visto, tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, se habla en todo momento de un concepto base. “cuenta especial”. Ahora bien, curiosamente dicho término no es un “concepto jurídico” que esté previsto en ningún cuerpo legal, sino un término acuñado por la Ley 57/1968, de 27 de julio,

del que no encontramos definición alguna ni siquiera en el cuerpo legal en el que aparece mencionado por primera vez.

Estamos pues ante un término que carece de regulación alguna en cuanto a su contenido y características. A los efectos de aproximarnos al mismo como “concepto jurídico” acuñado en la Ley 57/1968, de 27 de julio, deberemos atender al sentido del mismo que se da en la indicada Ley así como en la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio). Asimismo deberemos atender al desarrollo jurisprudencial y doctrinal que ha experimentado dicho término para poder entender que es una “cuenta especial”.

A pesar de la exigencia que impone la Ley 57/1968, de 27 de julio, mantenemos que la cuenta se denomina “especial” como podría denominarse de cualquier otra manera, puesto que de especial únicamente tiene el nombre. De hecho, el régimen operativo de esta cuenta para las entidades bancarias o cajas de ahorro es idéntico al que de cualquier otra cuenta que pueda tener el promotor o cualquier particular en la entidad⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Compartimos esta postura con el profesor ESTRUCH ESTRUCH (Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., págs. 126). El profesor ESTRUCH ESTRUCH apoya este argumento en sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7312), en la que se dice: «Tales cuentas corrientes, llamadas por los vendedores especiales, que también eran mencionadas en las pólizas de seguro colectivo suscritas con las aseguradoras nombradas, en realidad eran cuentas corrientes ordinarias, en las que no existía ninguna limitación de disposición por parte de sus titulares, ni tampoco expresa obligación respecto al destino del dinero ingresado o por

Como quiera que no existe definición alguna de “cuenta especial” y atendiendo al criterio de nuestra jurisprudencia, debemos partir del concepto de cuenta corriente, para aplicarle determinadas características específicas a la misma.

Cuando hablamos de contrato de cuenta corriente, estamos ante un contrato en virtud del cual, la entidad bancaria mediante un precio, asume la obligación de facilitar el llamado servicio de caja, consistente en ingresos y reintegros, y de contabilidad del movimiento de la cuenta abierta por el cliente.

El banco debe comprobar o cotejar la firma de las órdenes con la que figura registrada en el mismo, asumiendo la responsabilidad en caso de no hacerlo⁴¹¹. Es lo cierto que, pese a la imposición con carácter imperativo que realiza la Ley 57/1968, de 27 de julio respecto de la cuenta especial, en la práctica no se respetan dichas prevenciones. De hecho, las entidades de crédito no exigen para proceder a la apertura de la cuenta especial que el promotor acredite haber otorgado las garantías legales exigidas para asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores. Los intereses que deben ser tenidos en cuenta en el contrato de apertura de cuenta especial no son exclusivamente los de la entidad bancaria o caja de ahorros que abre la cuenta y los del promotor (titular de la misma); también se

ingresar».

⁴¹¹ Vid. LÓPEZ NAVARRO, J., “Contrato de cuenta corriente bancaria”, en www.TirantloBlanch.com

pretende proteger a los consumidores que realizan los anticipos para la compra de la vivienda en proyecto o en construcción.

Como se indica en la STS de 30/04/2015⁴¹² existe una obligación "in vigilando" que se impone a las cajas de ahorro al obligarles a exigir al promotor la constitución de un aval o seguro que garanticen los depósitos efectuados por el adquirente en cuenta especial, quedando las cajas de ahorros como obligadas, «disponiendo el depositario de un derecho subjetivo frente a éstas para el resarcimiento por incumplimiento de la prestación debida, sin olvidar que se recoge como condición que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

La caja demandada transgrede la norma de forma voluntaria y consciente al negar el abono de los avales, siendo exigible de su conducta una diligencia superior a la predicable del "buen padre de familia", cometiendo una infracción subjetiva por vulneración de la obligación instituida por la Ley y contractualmente, al tiempo que la cualidad profesional del agente infractor hace presumir un conocimiento experto del derecho en el ámbito de su ejercicio empresarial, resultando dable sostener que la caja demandada conocía, y en todo caso debía conocer, la naturaleza antijurídica y potencialmente lesiva de su actuación»⁴¹³.

⁴¹² Roj: STS 1930/2015.

⁴¹³ *Ídem*.

2. De las consecuencias de que los ingresos de los anticipos se realicen en una cuenta ordinaria, sin la calificación de “cuenta especial”

La recepción de “cantidades a cuenta” ha de entenderse en sentido amplio: aunque se la calificara de arras o señal, sin perjuicio de que si realmente lo fueran, producirán sus efectos propios. Tales cantidades depositadas en cuenta bancaria especial constituyen un depósito de naturaleza disponible⁴¹⁴.

La obligación de apertura de la cuenta especial corresponde al vendedor, de modo que el incumplimiento de la misma no puede perjudicar al consumidor, esto es, no se puede hacer repercutir en el consumidor las consecuencias de una obligación legal que corresponde al promotor.

El fundamento legal de tal solución lo constituye el art. 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1968, conforme al cual forman parte del condicionado general del contrato de seguro colectivo, *«los respectivos contratos de cesión de viviendas, la redacción de los cuales así como cualquier modificación... ha de haberse sometido al previo conocimiento de la Entidad aseguradora»* la cual igualmente puede comprobar en cualquier momento de la vigencia del seguro los documentos y

⁴¹⁴ Vid. SAPENA TOMÁS, J., CERDA BAÑULS, J. Y GARRIDO DE PALMA, V.M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas...”, op cit., pág. 91, y CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas (...)”, op. cit., pág. 15. Así lo entiende la mayoría de la doctrina.

datos que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los aseguradores⁴¹⁵.

⁴¹⁵ Cfr. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit. págs. 8 y 9. Véase también la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (RJ 2005, 9624). En el supuesto planteado en dicha sentencia, la parte demandada (una entidad aseguradora) pretende limitar la cantidad a devolver a la cantidad que constaba en el aval, que no a aquellas sumas que habían sido abonadas por la parte compradora según constaba en el documento privado de compraventa, y ello por tratarse de una suma inferior. No puede limitarse la cantidad a devolver circunscribiéndose a la que conste en los avales, como pretendió la parte demandada, puesto que la entidad «avaló cada entrega sin que conste reserva alguna en cuanto a las que en el contrato se manifestaba que ya habían sido pagadas a la promotora» (FD Tercero). Considera el TS contrario a la buena fe exigir a la parte actora la demostración de que se ha cumplido el requisito de entrega de las cantidades anticipadas a la promotora mediante ingreso en cuenta especial. El aval se había estado emitiendo sin controlar si los pagos se habían efectuado o no mediante ingreso en dicha cuenta, por lo que la entidad aseguradora. Ni puede esgrimir la entidad avalista, como lo hizo en casación, su carácter de tercero con respecto al contrato de compraventa y por tanto, la limitación de los efectos del mismo a las partes contratantes conforme al art. 1257 CC, ni puede alegar que desconocía el contenido del contrato de compraventa, precio y pagos, cuando en el propio aval expresamente se hacía referencia al contrato privado suscrito por las partes.

Como señala DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria.”, op. cit. pág. 9, el mismo criterio ha de adoptarse con relación aquellos supuestos en los que las cantidades hubieran sido recibidas con anterioridad a la apertura de la cuenta especial. En tales supuestos entiende el Tribunal Supremo que corresponde a la entidad tomadora del seguro la obligación de ingresar dichas cantidades recibidas por los compradores en la corriente cuenta especial (FD Primero STS de 22 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6410], sentencia comentada por CAMACHO DE LOS RÍOS en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 46, enero-marzo de 1998, 1241, págs. 59-74).

Es más, en este supuesto la compañía aseguradora concertó la póliza del seguro de caución conociendo que las cantidades anticipadas se encontraban ya en poder de la tomadora del seguro y a ella le incumbía urgir «... a la empresa tomadora del seguro que detentaba las cantidades, para su ingreso en cuenta especial» (FD Segundo), y no hacer recaer en la parte compradora el

cumplimiento de unas obligaciones que se ejecutaron. Es el propio tenor literal del art. 7 LCS del que se deriva tal conclusión, al señalar que las obligaciones y deberes que se derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, «salvo aquellos que, por su naturaleza, deban ser cumplidos por el asegurado», sin que sea un deber que corresponda al asegurado. Únicamente cabría, si así se ha pactado en la póliza, exigir que la emisión de los certificados individuales sólo sea posible cuando el tomador acompañe una certificación de ingreso en la correspondiente cuenta especial. No olvidemos que la póliza colectiva no supone la asunción de garantía alguna a favor de los futuros adquirentes, sino que ésta se constituirá en el momento de emisión del certificado individual de seguro, crucial este extremo a efecto de ejecución como analizaremos posteriormente. Tal y como señala el mencionado autor en el ámbito de las cantidades anticipadas, el seguro se articula de modo que vayan siendo objeto de cobertura las cantidades que se vayan adelantando. No es necesaria la renegociación de la póliza cada vez que se incorpora un cliente a la promoción sino que el contrato colectivo de seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la adquisición se configura como un contrato colectivo. Posteriormente, cada comprador por medio de un certificado individual de seguro, previa entrega al asegurador del boletín de adhesión al contrato, queda legitimado frente a la entidad aseguradora para reclamar las cantidades garantizadas. Al no ser posible *ab initio* conocer la cuantía exacta de la garantía del asegurador, ésta va siendo fijada a medida que llegan los boletines a la compañía la cual enviará al tomador la prima correspondiente. La cuenta especial es la que de este modo permite a la entidad aseguradora conocer el importe total y real de dicha cobertura, y a través de los movimientos de la misma, hacer un seguimiento de las actuaciones del tomador a efectos de evaluación del riesgo.

La obligación de pago frente a la reclamación del consumidor surge con independencia de que el ingreso haya sido en la cuenta especial o «en cualquiera otra que se hubiese pactado entre el comprador y el vendedor» (STS de 8 de marzo de 2001 [R] 2001, 2731); de que se produzca un cambio en el tipo de garantía (STS de 19 de julio de 2004 [R] 2004, 4386); o, finalmente, de que se hubiera producido un cambio en la numeración de la cuenta (STS de 19 de julio de 2003 [R] 2003, 2957). Si la obligación de ingreso corresponde al cedente no puede hacerse recaer sobre el adquirente las consecuencias de no cumplir con la misma. Por tanto, como tal obligación del cedente, tampoco puede repercutir en el adquirente los gastos derivados de la constitución de las garantías a las que no venimos refiriendo, conforme al art. 89. 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, bien se trate de aval o de póliza de seguro (SAP de Málaga, de 28 de noviembre de 2003 [PROV 2004, 19914]; SAP de Sevilla, de 21 de mayo de 2005 [PROV 2004, 198967]).

No es infrecuente que la cuenta que se abre para recibir las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores no tenga ninguna especialidad respecto de otro tipo cualquiera de cuenta bancaria⁴¹⁶.

Tampoco es extraño que las entidades bancarias no comprueben que las cantidades de la “cuenta especial” de las que dispone el promotor-vendedor se destinan única y exclusivamente a las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas⁴¹⁷.

Véase que «en el contrato de apertura de cuenta ni se contiene limitación alguna en cuanto a los fondos que puede ingresar en la cuenta el promotor, ni existen limitaciones para su apertura, ni respecto de las personas autorizadas para disponer de los fondos, ni, mucho menos, se establece limitación o condición

⁴¹⁶ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 163. Destaca el referido autor que las entidades de crédito no verifican que los ingresos que se producen en la denominada “cuenta especial” obedecen única y exclusivamente a cantidades anticipadas por los compradores de una determinada promoción. El referido autor cita a CAMACHO DE LOS RÍOS que mantiene que “es frecuente que el constructor tenga distintas promociones en curso y aplique los fondos de distintas cuentas especiales conjuntamente todos o distrayendo los destinados a una determinada promoción”. Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, op. cit., pág. 66.

⁴¹⁷ Cfr. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, op. cit., pág. 65. Establece este autor que “el banco permite al promotor que retire fondos ingresados sin que sea necesario que demuestre su destino, ya que nos encontramos con un depósito de disponibilidad”. En el mismo sentido Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas (...)”, op. cit., pág. 15; asimismo, véase ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 163.

alguna para la propia disposición de los fondos depositados en la cuenta»⁴¹⁸.

Cuando las entidades de crédito que abran cuentas especiales a las promotoras, sabiendo que se apertura para ingresar en ellas las cantidades recibidas anticipadamente por los compradores de viviendas en proyecto o construcción, no cumplan las disposiciones imperativas establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, para la apertura y operatividad de dichas cuentas con daño para los compradores, deberán responder de los daños y perjuicios que el incumplimiento de estas obligaciones legales pueda causar a los compradores⁴¹⁹.

Muchos tribunales, parten de la base de que se haya cumplido la exigencia formal de apertura de una “cuenta especial” para

⁴¹⁸ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 163. El profesor ESTRUCH ESTRUCH pone de manifiesto en la citada obra, que no son nada infrecuentes casos como el contemplado en la STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007, 154415), en el que según el acta de inspección que se practicó: «la entidad encarada procede a ingresar el importe de 1.000.000 de ptas. Que recibe de cada una de las personas que suscriben el denominado documento de reserva en una cuenta corriente “normal”».

⁴¹⁹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 165. El citado autor mantiene que a pesar de su opinión (compartida totalmente por nosotros como ya hemos manifestado) que defiende la responsabilidad de las entidades de crédito en los términos antes dichos, el estudio de las bases de datos jurisprudenciales demuestra que apenas se producen reclamaciones judiciales contra estas entidades por el incumplimiento de las exigencias legales establecidas en la norma para la apertura y la operatividad de la cuenta especial”.

entender de aplicación las previsiones de la Ley 57/1968, de 27 de julio⁴²⁰. Ahora bien, es lo cierto que otras muchas sentencias se

⁴²⁰ Se cita por todas la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Motilla del Palancar en fecha 23 de diciembre de 2014, (*todavía no ha tenido acceso a las bases de datos*) que en su Fundamento de Derecho Cuarto, afirma: «En el caso que nos ocupa, no puede negarse que el promotor designó una cuenta bancaria a los efectos de que la compradora Sra. Mazcuñam y otros ingresaran los anticipos del precio pactado, en la entidad CAJA RURAL DE CUENCA, SCC (ahora GLOBALCAJA) (...) si bien aun cuando el actor manifieste obligación de dicha entidad de garantizar la devolución la devolución de las cantidades entregadas a cuenta de la construcción de la cantidad de las viviendas, mediante el oportuno contrato de seguro o aval bancario, del análisis del artículo de la ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, del estudio del citado artículo hemos de concluir dicha obligación vine impuesta al promotor de dicha construcción de viviendas la obligación de depositar dichas cantidades en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos del promotor; y sólo en el caso de que dicha cuenta exista es cuando nace la obligación de entidad bancaria a exigir la garantía (seguro o aval) a fin de garantizar dichas entregas a cuenta».

En el mismo sentido, citamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1ª, de 25 de junio de 2013, -JUR 2013\253612-, en la que manifiesta en su fundamento de Derecho QUINTO, que «(...) Precepto de cuya literalidad lo que resulta es que es la promotora la que debe constituir las garantías de las cantidades entregadas como anticipo de la compra y aperturar la cuenta corriente especial para percibir las mismas y es en este caso, al proceder a la apertura de dicha cuenta con el carácter especial, cuando la entidad bancaria tiene la obligación, como requisito de dicha apertura y bajo su responsabilidad de exigir las garantías de la devolución de dichas cuentas. La responsabilidad de la entidad bancaria pues sólo surge si al aperturar la cuenta especial no exige la constitución de las garantías o la apertura sin constatar su existencia. Pero su obligación no llega a calificar como especial o no las cuentas o depósitos de sus clientes, ni se le impone la carga de sustituir la declaración y voluntad de los mismos en este sentido. La responsabilidad de la entidad bancaria parte del cumplimiento previo por parte del promotor de la apertura de la cuenta o constitución del depósito con el carácter especial determinado por el destino de los fondos y solo cuando el promotor, cliente de la entidad bancaria, ha atribuido este carácter especial a la cuenta abierta puede surgir la responsabilidad de la entidad bancaria por no exigir que la devolución de dichos fondos o depósitos se avalen o garanticen y ello al margen del conocimiento que la entidad bancaria puede tener del origen y destino de los fondos de sus clientes, conocimiento al que ni siquiera alude la ley».

pronuncian en sentido contrario, y esta es precisamente la línea doctrinal que consideramos más ajustada. Y ello por cuanto, siguiendo en este punto la línea jurisprudencial uniforme mantenida por la Audiencia Provincial de Navarra, la interpretación correcta de la ley 57/1968, de 27 de julio, no parece que pueda restringirse por interpretaciones formalistas y rigoristas, "pues nos encontramos ante una norma de carácter tuitivo"⁴²¹.

⁴²¹ En esa línea, Cfr. La opinión del profesor ESTRUCH ESTRUCH, en ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op. cit., pág. 126, apoya el citado autor este argumento en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7312).

Vid. en esa línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1ª, de 28/12/2012, que señala en su Fundamento de Derecho Tercero relación con la obligación impuesta por el artículo primero segunda de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que: « En los contratos de compraventa origen de este pleito no se previó como obligación del comprador pagar a través de cuenta especial. Los compradores -demandantes- se limitaron a cumplir con sus obligaciones contractuales, y no intervinieron en el contrato de apertura de cuenta corriente. La Caixa, por su parte, conocía que las entregas efectuadas por ellos eran en concepto de entregas a cuenta o anticipos del precio. Así se deduce de los documentos o recibos en los que, el alguno de ellos, se indica paladinamente "entrega a cuenta piso" -folios 39, 40, 44, 45, 53, 55, 59, 63, 69 entre otros, y la declaración del entonces director. La responsabilidad de Caixa Penedés nace de no haber exigido aval o seguro de las cantidades depositadas, puesto que conocía la naturaleza de esos ingresos, anticipos a cuenta del precio por la adquisición de viviendas, garajes y trasteros promovidos y construidos por Monzón Park. Esta pasividad fundada en la formalidad de que no era una cuenta especial no le exonera de la obligación de exigir a la promotora el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 a que hemos aludido. Por lo tanto, ha de proclamarse la responsabilidad en la devolución».

Llamamos la atención, especialmente, sobre la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, sec. 1ª, de 15-2-2013 -EDJ 2013/171905-, que en Fundamento de Derecho TERCERO mantiene que «El TSJ Navarra en su sentencia de fecha 22/12/2008, estableció cual debe ser la interpretación correcta de la ley 57/1968, afirmando que "En conclusión la interpretación correcta de la ley 57/1968, no parece que pueda restringirse por interpretaciones formalistas y rigoristas", pues nos encontramos ante una

norma de carácter tuitivo.

Pues bien si partimos de que para interpretar la indicada norma debemos alejarnos de cualquier interpretación formalista o rigorista, es evidente que el recurso planteado por la parte demandada carece de todo fundamento, al pretender en lo que afecta a la interpretación de la norma, una interpretación meramente formalista, desde el momento en que pretende se le exonere de responsabilidad porque en definitiva como la entidad promotora no apertura una cuenta especial donde se ingresaran las cantidades entregadas a cuenta, no surgió en modo alguno la responsabilidad establecida en la condición segunda in fine del art. 1 de la citada ley 57/68. Pero esta tesis no puede ser compartida cuando como recoge acertadamente el Juez a quo, la entidad demandada conoció y consintió la entrega en cuenta abierta en su entidad, de cantidades destinadas al pago del precio de una vivienda en construcción, de una construcción precisamente financiada por esa entidad, conociendo perfectamente ello, así como que el promotor no tenía concertado seguro o aval alguno, infringiendo con ello la naturaleza sustantiva de la norma.

Cómo recoge la prueba documental y así también la testifical del Sr. Maximino, director de la sucursal que la demandada tiene en Alsasua, queda acreditado que la entidad demandada conocía perfectamente que la promotora vendedora había asumido la promoción de viviendas, y así le concedió un primer préstamo en fecha 10 de noviembre de 2.006 (copia al folio 141 y ss.) con entrega de fondos a la promotora en cuenta abierta en la entidad, y luego una posterior ampliación del préstamo mediante escritura de 23 de febrero de 2.007 (copia al folio 199 y ss.) con destino expreso para la financiación de la construcción y venta de las fincas resultantes de la edificación.

Pero es más no sólo queda acreditado ello, sino que partiendo de ese conocimiento previo, expresamente conoció, aunque lo fuera con posterioridad a su otorgamiento, pero antes de la concesión del préstamo personal, que el actor había suscrito con la promotora un contrato de compraventa en fecha 12 de julio de 2.007 (copia al folio 19 y ss.), pues en fecha 16 de julio de 2.007, otorgó al actor-comprador y precisamente para el pago adelantado del precio, un préstamo personal (copia al folio 31-37, ver y ss.), en el que expresamente se contempló que en garantía y en caso de incumplimiento por el prestatario, este cedía al banco los derechos que se derivasen a su favor, incluidos los de crédito derivados de las entregas a cuenta a efectuar por la compraventa.

Como reconoció en el acto del juicio el Sr. Maximino la entidad bancaria por él representada en ese momento conocía ese destino del préstamo personal, así como que precisamente el importe concedido ingresado en la cuenta del actor pasó directamente a la cuenta de la entidad promotora (CD. 11,25).

Estos hechos perfectamente acreditados revelan que interviniendo la demandada como empresa financiadora de una promoción de viviendas en construcción, por tanto sujeta a priori a la ley 57/68, en la que además se previa la posible subrogación de los adquirentes, compradores en el préstamo

hipotecario objeto de financiación, la promotora utilizaba la cuenta abierta en la entidad demandada para ingresar los pagos a cuenta del precio de esa adquisición.

Cierto es que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 la obligación de concertación de un aval o seguro corresponde como exigencia legal en principio al promotor, y no consta que este se concertase, al margen de las causas habida cuenta de las declaraciones del Sr. Gervasio (socio de la promotora, que manifestó que el banco no facilitaba el aval y que ya los habían pedido), pero no lo es menos que una entidad bancaria puede no ser ajena a la exigencia de los avales.

Es verdad que de conformidad con el art. 1. condición 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", el tenor literal del precepto hace referencia a esa exigencia cuando tenga lugar la apertura de esa cuenta especial, (para la apertura...exigirá), pero no lo es menos que esa misma exigencia procederá cuando sin apertura de una cuenta especial, la entidad bancaria conozca y permita en su entidad la apertura o uso de una cuenta en la que se ingresen las cantidades entregadas a cuenta del precio por los compradores, pues de lo contrario esa interpretación formalista llevaría a vaciar de contenido la norma protectora, concurriendo plenamente todos los requisitos a que se refiere la misma.

Esta exigencia de responsabilidad aún en ausencia de aval es considerada también en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos. AP Burgos, sec. 2ª, S 25-10-2012, núm. 389/2012 2ª.- La falta de prestación de las garantías impuestas legalmente también puede acarrear la responsabilidad de la entidad de crédito. La razón de tal afirmación la encontramos en la condición segunda del art. 1º de la Ley analizada (Ley 57/1968), según la cual: "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".

Tan contundente precepto de la Ley 57/1968 arrastra consecuencias jurídicas, y determina que las entidades de crédito pueden convertirse en deudoras frente a los compradores por las cantidades percibidas por los promotores aun cuando no hayan sido avaladas. Nos encontramos ante una responsabilidad que se califica "*ex lege*" y que permitirá a los compradores, ante la insolvencia de la promotora, reclamar a la entidad de crédito la devolución de las cantidades anticipadas.

Será requisito para el ejercicio de esta acción la producción de un "daño" que vendrá representado por el perjuicio económico del comprador que no puede obtener la restitución de las cantidades anticipadas en pago del precio. Esta acción encuentra su causa en la falta de diligencia de la entidad de crédito por la omisión de la obligación legal de exigir al promotor la constitución de las garantías para la apertura de cuentas o depósitos en la entidad y, muy especialmente, si se trata de la única entidad financiadora de la promoción

inmobiliaria.

3ª.- La responsabilidad que el legislador ha derivado a las entidades mencionadas en la Ley encuentra su justificación y contrapartida en el beneficio que a estas atribuye. Nótese que la obligación de depositar las cantidades adelantadas en una cuenta especial abierta a tal fin en entidad bancaria o en una Caja de Ahorros (como sería nuestro caso) restringe la posibilidad de prestar el aval a ciertas entidades, que resultan muy favorecidas financieramente, pues no solo recibirían la prima del seguro o aval que debe abonar el promotor, sino que usualmente se benefician también financiando la promoción misma y subrogando a los compradores en una hipoteca concertada con el promotor, lucrándose en todo el proceso de promoción. En consecuencia, es la entidad que financia la promoción la que debe velar por el correcto discurrir de la relación de afianzamiento, vigilando su cumplimiento, y exigiendo al promotor el cumplimiento de las garantías debidas a los adquirientes de la vivienda que entregan cantidades a cuenta y esa exigencia será "bajo su responsabilidad". Responsabilidad de la entidad financiera que será exigible por la parte a quien la ley trata de proteger, que no es otra sino la parte compradora o adquirente del inmueble".

Pues bien, si como antes hemos indicado la entidad bancaria conoció perfectamente que la entidad promotora, cuya promoción ella misma financió a través de la misma sucursal de la entidad bancaria, al margen de quién diera la conformidad definitiva a la misma, utilizaba una cuenta de su entidad en donde se ingresaban las cantidades entregada a cuenta del precio por el comprador de la promoción por ella financiada, obligada estaba, bajo su responsabilidad, como garante que la ley le impone, de exigir la constitución de una garantía, o impedir el uso, dentro de su ordinario conocimiento, que aquí concurría, de esa cuenta, conducta que no llevó a cabo y determina la exigencia de su responsabilidad directa a título principal.

Pero es más olvida la parte recurrente, que precisamente en autos también quedó acreditado precisamente que la demandada no sólo incumplió esa obligación legal ante la constancia de uso de una cuenta de su entidad para recibir entregas dinerarias de los compradores a cuenta del precio, sin exigir la constitución de la garantía, que bajo su responsabilidad es procedente, sino que además era plenamente consciente de que no existía tal garantía. Así baste examinar la declaración del Sr. Maximino en el acto del juicio donde explicó precisamente porqué se le exigió otorgar garantía en el préstamo personal para concluir, que la entidad demandada permitió el funcionamiento de una cuenta donde se ingresaban los importes conociendo la ausencia de garantía legal, pues dijo que precisamente como no había garantía en el contrato (de compraventa) por eso "se pignoró, garantizaron los derechos que el comprador tenía, mediante anexo al préstamo personal".

Es por todo ello que habiendo incumplido la demandada la obligación a que se refiere el art. 1 de la citada ley 57/68, debe responder siendo su

El Tribunal Supremo ha sentado, entre otras, en la sentencia de fecha 25 de octubre de 2011⁴²², que: «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, sin embargo en el supuesto del debate, se alcanzan otras conclusiones».

responsabilidad directa y no sólo subsidiaria, al haber incumplido una obligación propia, una vez, como queda perfectamente acreditado en autos, que el actor no ha obtenido el reintegro de las cantidades entregadas a cuenta de la entidad promotora vendedora».

⁴²² Sentencia Tribunal Supremo de 25/10/2011, RJ 2012\433. En la indicada sentencia entiende el Tribunal Supremo que no resulta de aplicación la *Ley 57/1968*, no por no haberse apertura cuenta “especial”, sino porque el comprador tenía la intención de adquirir 12 apartamentos como re inversionista. Y concluye el Ato tribunal, en el Fundamento de Derecho Tercero que «Las alegaciones de no haber sido avaladas o garantizadas inicialmente por la demandada las cantidades entregadas por el actor, ni depositadas en cuenta especial, conforme a la *Ley 57/1968*, carecen de trascendencia a los efectos de este litigio, habida cuenta de que la mentada normativa no es aplicable a este caso, pues según resulta de la demanda y de los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, el recurrente comprador de 12 apartamentos o viviendas asistenciales, no los ha adquirido como morada individual o familiar, bien permanente o circunstancial, sino como inversión, lo que es contrario al espíritu de dicha ley, así como a su letra, al haber adquirido la vivienda para venderla y no como consumidor final.

La Disposición Adicional Primera de la *Ley de Ordenación de la Edificación* se refiere primordialmente a que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el cumplimiento del contrato de forma análoga a lo dispuesto en la *Ley 57/1968*, e introduce la utilización de esta normativa a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad o sociedad cooperativa, pero no es de aplicación al adquirente de viviendas que actúa como inversionista».

Destáquese la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 30 de abril de 2015⁴²³, que establece la línea jurisprudencial a aplicar desde ese momento por los tribunales en relación con las particularidades de la cuenta especial a la que se refiere la Ley 57/1968, de 27 de julio, y que posteriormente será de aplicación conforme la redacción de la DA 1ª LOE, conforme la redacción de la misma dada por la Ley 120/2015, de 14 de julio (en tanto no se varíe el criterio jurisprudencial seguido por el Tribunal Supremo). En definitiva⁴²⁴ El Tribunal Supremo confirma la doctrina

⁴²³ Roj: STS 1930/2015.

⁴²⁴ Cfr. el Fundamento de Derecho Segundo, punto 2., (en cuanto al Recurso de Casación) de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 30 de abril de 2015.

El Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña, ponente de la sentencia referida, argumenta que: «..., (...De ello se infiere, que la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda -bien generalmente esencial para la vida-, que está en fase de planificación o construcción.

Por ello, para su aplicación, únicamente se exige como condición indispensable, que se hayan entregado sumas determinadas en concreto y que la construcción de la vivienda no se inició o no se concluyó, siendo accesorias y propias de dilucidar las otras cuestiones planteadas, entre el asegurador y el constructor. (...)

Y dicha finalidad, se vuelve a repetir, no puede ser obviada por mor de una determinación de cuenta corriente que es una cuestión, en definitiva, a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora. Y se dice todo lo anterior aunque el comprador haya firmado la póliza de seguros, que sin duda lo ha hecho, como participante en un contrato de adhesión puro. Además esta tesis está también recogida en la sentencia de esta Sala de 30 de diciembre de 1.998".

Criterio, reiterado por la reciente sentencia de Pleno de esta Sala, de 13 de enero de 2015, núm. 779/2014 - Roj: STS 275/2015-, en donde se declara, entre otros extremos: "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

jurisprudencial que sienta 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, 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, de 27 de julio, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro.

Máxime, y a mayor abundamiento, cuando en la práctica, lo que se pretende en este caso es eludir la obligación de reintegro respecto de aquellas aportaciones que 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.

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".

Máxime, y a mayor abundamiento, cuando en el presente caso se pretende eludir la obligación de reintegro respecto de aquellas aportaciones que 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».

3. De la responsabilidad de la entidad bancaria respecto de la apertura de cuenta denominada “especial” por parte del promotor

Indica el artículo primero, segunda de la Ley 57/1968, de 27 de julio, *in fine*, que: «*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*».

A nuestro juicio, estos requisitos legales de la cuenta especial, establecidos de modo imperativo en la Ley 57/1968, de 27 de julio, no obligan únicamente al promotor-vendedor, sino que también obligan y vinculan de igual modo a la entidad de crédito⁴²⁵, como ocurre en otros supuestos del ordenamiento jurídico en los que se establecen diversas limitaciones para la disposición, como es el caso de valores mobiliarios depositados en entidades de crédito, de modo tal que la entidad de crédito no podrá autorizar la

⁴²⁵ Compartimos la opinión mantenida por el profesor ESTRUCH ESTRUCH en ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 161. Y destacamos en este sentido la opinión de GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta...”, op cit., págs. 6 y 11, en el sentido de entender que, en realidad, la garantías establecidas por la Ley 57/1968 para la protección de los intereses de os adquirentes no sólo con la cuenta especial separada y finalista y el aval solidario o seguro de caución garantizadores de la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente, sino que, además, el legislador ha contemplado como tercera garantía «la responsabilidad subsidiaria de la entidad de crédito depositaria».

disposición de dichos valores sin controlar e cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para ello⁴²⁶.

Planteamos una cuestión a debate: ¿qué determina la existencia de responsabilidad de la entidad bancaria en relación con la no apertura de una “cuenta especial” para el ingreso de anticipos a cuenta?

Como hemos señalado anteriormente⁴²⁷, existe una línea jurisprudencial que entiende que la apertura de la denominada “cuenta especial” para el ingreso de las cantidades anticipadas, es una obligación que corresponde al promotor, sin que quepa exigir ninguna responsabilidad en caso contrario a la entidad bancaria, puesto que esta no tiene porqué conocer el destino de las cantidades que se mueven en las cuentas que sus clientes abren en la entidad.

Si la Ley exige que los fondos sólo se pueden destinar a determinadas atenciones así deberá constar en el contrato de cuenta especial, y en el caso de que la entidad bancaria conozca, por la razón que sea, que dichos fondos no van a destinarse a satisfacer a las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas, no debería facilitar la disposición de fondos depositados de dicha cuenta especial, «pues también el banco debe cumplir lo

⁴²⁶ Cfr. Artículo 271 Código Civil.

⁴²⁷ Cfr. apartado 2.2.1. De las consecuencias de que los ingresos de los anticipos se realicen en una cuenta ordinaria, sin la calificación de “cuenta especial” como exige la Ley 57/1968, de 27 de julio, de este trabajo.

exigido por una Ley imperativa»⁴²⁸. Destáquese además el criterio del Tribunal Supremo respecto de las cantidades depositadas en dicha “cuenta especial”. Entiende el Alto Tribunal⁴²⁹ que: «Los anticipos ingresados en cuenta especial tienen consideración legal de depósito (art. 1.2 "in fine"), posibilitando tal definición, respecto de la incorrecta custodia, el ejercicio de acciones en el orden jurisdiccional penal, demostrando la enorme relevancia que pretende dar el legislador a la norma».

La cuestión que a nuestro juicio resulta determinante para entender que existe responsabilidad de la entidad bancaria respecto de la no apertura de una “cuenta especial” para el ingreso de los anticipos a cuenta, es precisamente, que la referida entidad bancaria tenga conocimiento del destino de los ingresos que el promotor pretende que se realicen esa cuenta. Así las cosas, entendemos que

⁴²⁸ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 164. Mantiene el profesor ESTRUCH ESTRUCH en artículo antes citado que es por ello por lo que MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Protección de la edificación y protección del consumidor...”, op cit., pág. 80, refiriéndose a la Ley catalana de la vivienda de 1991, 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».

⁴²⁹ STS dictada en fecha 30 de abril de 2015 -Roj: STS 1930/2015-.

se trata esencialmente de una cuestión de prueba que deberá analizarse en sede de procedimiento judicial⁴³⁰.

Por su parte, entendemos que en el supuesto de que un promotor haya abierto una cuenta corriente ordinaria en una entidad de crédito y la entidad desconozca que dicha cuenta va a ser destinada al ingreso de cantidades anticipadas por los compradores, la entidad de crédito no quedará sometida a responsabilidad por haber abierto y realizado operaciones sobre dicha cuenta corriente de manera diferente a la establecida con carácter imperativo por la Ley 57/1968, de 27 de julio, para la cuenta especial que contempla, pues el banco no tiene porqué conocer el destino que el promotor pretende darle a la cuenta que se abrió en la entidad bancaria⁴³¹.

⁴³⁰ Adviértase que en un elevado número de supuestos, la entidad bancaria donde se apertura la cuenta en la que deberán realizarse los anticipos a cuenta por parte de los compradores, suele coincidir con la entidad que financiará la construcción. En estos supuestos, entendemos que resulta meridiano que cabe exigir responsabilidad a la entidad bancaria en el caso de que el promotor no aperture una “cuenta especial”.

⁴³¹ Cfr. la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de marzo de 2000 –AC 2000, 4890-, que confirma la sentencia de dictada en primera instancia que había absuelto a la entidad de crédito demandada de la pretensión de devolución del dinero entregado anticipadamente por el comprador demandante, condenado a dicha petición a la también demandada promotora. El fundamento de la sentencia es que la cuenta que estaba abierta en la entidad bancaria desde hacía más de dos años a nombre de la promotora no era una cuenta especial, y la entidad bancaria desconocía que en ella pudieran realizarse ingresos previstos en la Ley 57/1968. Y ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., pág. 165.

4. De la cancelación de la cuenta especial

No existe ningún precepto en la Ley 57/1968, que contemple de manera expresa el momento en que se llevará a cabo la cancelación de la cuenta especial. Ahora bien, el artículo 4 de la Ley 57/1968, hace referencia al momento en el que pueden ser canceladas las garantías en los siguientes términos: «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».

Como quiera que el referido precepto es el único que establece una referencia temporal para poder cancelar las garantías previstas en la referida Ley, parece razonable defender que la cuenta especial abierta exclusivamente para el ingreso de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores también deba cancelarse cuando las viviendas adquiridas sean entregadas a los compradores (una vez expedida por la autoridad administrativa correspondiente la pertinente cédula de habitabilidad o licencia de ocupación).

Entendemos que promotor-vendedor, aunque sea el único titular de la cuenta especial, no podrá cancelar dicha cuenta mientras la promoción no haya finalizado satisfactoriamente por los derechos de los compradores cuyos intereses fueron garantizados por el legislador exigiendo la apertura de la cuenta especial. Si las

referidas garantías no se hubieren otorgado, y pese a ello, la entidad de crédito hubiera aperturado la cuenta especial, una vez abierta ésta, la entidad de crédito no puede cancelarla unilateralmente, sino que la cuenta especial deberá sujetarse en su operatividad y cancelación a los requisitos legales y a los intereses en juego, entre los que se encuentran, como preferentes, los de los consumidores que anticiparon las cantidades entregadas a cuenta de sus viviendas⁴³².

Por su parte, el apartado Cinco de la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (según redacción dada por la Ley 20/2015), hace mención expresa a la Cancelación de la garantía, en los siguientes términos: «Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten 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

⁴³² Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., “La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial...”, op. cit., págs. 150 y 151.

La opinión favorable a la posibilidad de cancelación de la cuenta especial por parte de la entidad de crédito o bancaria, de manera unilateral, en caso de que se cancele el aval o seguro que garantizan la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, viene defendida por GARCÍA MEDINA, en GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta...”, op. cit., pág. 152. El referido autor, mantiene en la indicada obra que: «el banco depositario condiciona la apertura de la cuenta bajo su responsabilidad a la existencia del contrato de garantía (artículo 1 Ley 57/1968) y mantener en curso la misma puede inducir a engaño a los adquirentes de las viviendas que confiados por la existencia de la cuenta especial incurran en la creencia de que existe la garantía inexistente».

las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda». Así, resulta lógico que en tanto las garantías no puedan ser canceladas tampoco la cuenta especial podrá ser cancelada.

CAPÍTULO VII

CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y POSIBLES VÍAS PARA INSTAR LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS A CUENTA

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

II. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS ADQUIRENTES ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROMOTOR-VENDEDOR. *1 Supuesto de concesión de prórroga. 2. El derecho del comprador a suspender los pagos sucesivos mientras que el promotor-vendedor no otorgue las garantías exigidas por la ley 57/1968, de 27 julio*

III. CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CONFORME LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO. *1. Incumplimiento de la fecha de inicio y terminación de las obras con las correspondientes autorizaciones administrativas dentro de los plazos establecidos en el contrato. 1.1. Falta de entrega de la licencia de primera ocupación.*

IV. SITUACIONES ANÓMALAS. *1 Supuesto de declaración de concurso de la promotora*

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como se ha dicho, la obligación garantizada por el seguro o aval bancario que está obligado a contratar el promotor, tanto en la redacción de la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la ley 20/2015, de 14 de julio) es la eventual devolución de las cantidades entregadas por el comprador para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

El supuesto de hecho de la garantía es la falta de entrega de la vivienda, esencialmente. El incumplimiento por parte del comprador de las obligaciones establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la ley 20/2015, de 14 de julio), se podrá sancionar:

1) Administrativamente⁴³³ en aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios, o bien aplicando la normativa específica de vivienda dictada por las respectivas Comunidades Autónomas⁴³⁴, por lo que se refiere a la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio.

⁴³³ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., Pág. 221. Véase también CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op cit., Págs. 534, 539, 545, 557 y 558. Y MARÍN LÓPEZ, J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op cit., 761.

⁴³⁴ Como hemos tenido ocasión de ver en el Capítulo II de este trabajo, numerosas Comunidades Autónomas han dictado Leyes en materia de vivienda, por haber asumido esta competencia por las diversas Comunidades Autónomas

al amparo de lo dispuesto en los arts. 148.1.3ª y 149.3 CE.

Así en dichas Leyes establecen ciertas obligaciones respecto del promotor-vendedor de viviendas en proyecto o en construcción. Entre las obligaciones que se imponen por estas Leyes autonómicas destaca la que impone al promotor-vendedor de viviendas en construcción la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores en los casos en los que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin, con entrega de la vivienda y de la licencia de ocupación a los adquirentes dentro del plazo establecido en el contrato.

Así mismo, es habitual que en dichas leyes autonómicas se establezca la obligación para los promotores-vendedores de aseguramiento de las obligaciones de información sobre las cuestiones relativas a las entregas anticipadas por parte de los promotores-vendedores (como por ejemplo la entidad garante, la cuenta especial, etc.)

Por otra parte, queremos destacar, siguiendo en este punto al profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...”, op cit., Págs. 359 y 360, que la Disposición adicional segunda del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre la protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, establece que *«Lo establecido en este Real Decreto será de aplicación supletoria respecto de las Comunidades Autónomas que estatutariamente hayan asumido la competencia plena sobre la defensa de los consumidores y usuarios, excepto los artículos 3.º, apartado 2, y 10, que tendrán vigencia en todo el Estado, en virtud de lo dispuesto en la regla 8.º del artículo 149.1, de la Constitución Española»*. Por su parte, el artículo 7 del mismo Real Decreto indica que: *«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»*.

Es visto que el referido Real Decreto simplemente exige que el promotor-vendedor tenga a disposición del público y de las autoridades competentes los documentos que acrediten el otorgamiento de las garantías legales previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, aunque no exige de manera expresa el otorgamiento de tales garantías.

Por lo que se refiere a al incumplimiento de esta obligación, conforme al art. 11 de dicho Decreto: *«1. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros Departamentos Ministeriales, dentro de sus atribuciones específicas, el incumplimiento de cualquiera de los preceptos contenidos en la presente disposición se considerará infracción en materia de protección al consumidor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuya tipificación específica se contempla en los artículos 3.º y 5.º del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, que regula las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria.*

2. Las infracciones a que se refiere el presente artículo se calificarán como leves, graves y

Por su parte, la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la ley 20/2015, de 14 de julio) establece que: *«Siete. Infracciones y sanciones.*

El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el apartado uno.1 de esta disposición dará lugar a una sanción de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

muy graves, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 35 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, así como en los artículos 6.º, 7.º y 8.º del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio.

3. Las infracciones a que se refiere el presente Real Decreto serán sancionadas con multa, de acuerdo con la graduación establecida en el artículo 36 de la Ley 26/1984, de 19 de julio».

La referencia al art. 34 LGDCU, desde la derogación de dicha norma por 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 los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, debe entenderse referida al art. 49 del TRLGDCU. Ahora bien, sí permanece en vigor el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor, puesto que la propia Disposición final tercera del TRLGDCU lo declara vigente *«sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones o adaptaciones por el Gobierno».*

Además de lo anterior, se impondrán al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación».

2) Inicialmente (al promulgarse la Ley 57/1968, de 27 de julio) también sería posible apreciar la concurrencia de un tipo penal (el promotor-vendedor podría ser condenado por un delito de apropiación indebida o estafa)⁴³⁵.

⁴³⁵ El párrafo segundo del artículo 6 de la Ley 57/1968 de 27 de julio, disponía que: «*La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1º de la presente Ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587, núm. 3 y 535 del vigente Código Penal*» (preceptos que regulaban la figura de la apropiación indebida). Sin embargo, el artículo seis fue derogado expresamente por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de octubre, del Código Penal.

Véase la STS de la Sala de lo Penal, de 29 de abril de 2008 (RJ 2008,2184), con cita de muchas otras, señala que el artículo 6 de la Ley 57/1968 «*con una técnica inadmisibles, consideraba la no devolución de las cantidades como un delito de apropiación indebida, estableciendo un criterio automático que repugna al principio de culpabilidad*».

La jurisprudencia penal y la doctrina ha identificado la siguiente conducta: la del promotor que no ha iniciado o terminado en plazo las obras de las viviendas que se comprometió a entregar y que no devuelve las cantidades anticipadas por los compradores, cantidades que, además, no dedicó a la construcción de las viviendas vendidas ni garantizó su devolución. Esta conducta podrá incardinarse en el tipo de la apropiación indebida o, si medió engaño para recibir dichas cantidades, en el delito de la estafa. Por lo tanto dicha conducta podrá ser merecedora del correspondiente reproche penal. En este sentido, véase OLIVER RUBIO, F., “Delitos relacionados con la promoción y construcción de viviendas: en especial, el delito de estafa”, Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho, núm. 20, Pág. 2.

Ahora bien, en ningún caso será de aplicación el artículo 636 CP (en el que se regula la falta de aseguramiento) a la conducta del promotor que no concierne las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio. Esta falta únicamente se aplica a los seguros obligatorios de responsabilidad civil. Como advierte ESTRUCH ESTRUCH, J., en “Las garantías de las cantidades entregadas

Por su parte, la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) no hace previsión alguna respecto de las consecuencias penales de la infracción de las obligaciones impuestas al promotor-vendedor en aplicación de la regulación contenida. Lo anterior resulta consecuente con la línea marcada por la regulación que la precede (contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio), máxime cuando la previsión que se hacía en cuanto a consecuencias penales de la infracción de las obligaciones contenidas en la misma (art. 6 Ley 57/1968) fue derogado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre.

De otra parte, entendemos que (al igual que ha venido siendo de aplicación durante la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio) nada obsta para que los tipos generales de estafa y apropiación indebida previstos en el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), sean aplicados durante la vigencia de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

3) La tercera consecuencia que puede tener el incumplimiento de las obligaciones establecidas tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada

anticipadas..., op cit., Pág. 367, y 368, «es evidente que en el caso del seguro de caución contemplado en la Ley 57/1968 no nos encontramos ante un seguro que garantice una responsabilidad civil, sino la mera devolución de unas cantidades, máxime si se tiene en cuenta, además, que este seguro de caución puede sustituirse por un aval bancario». Véanse MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op cit., Págs. 760 y 761; CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades...”, op cit., Pág. 558.

por la Ley 20/2015, de 14 de julio)⁴³⁶, puede ser de índole civil en relación con el contrato de compraventa de vivienda que ha celebrado con el comprador que anticipó las cantidades.

Tal y como se prevé en los dos cuerpos legales que regulan las garantías de cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda⁴³⁷, desde un punto de vista civil, la consecuencia del incumplimiento de la entrega de la vivienda comprometida en tiempo y forma por parte del promotor-vendedor al adquirente, depende de la voluntad de este último⁴³⁸, de:

a) Conceder una prórroga al promotor-vendedor; o en su caso,

b) La rescisión del contrato (aunque la redacción de los dos cuerpos legales referidos hablan específicamente de rescisión, en la práctica los tribunales hablan siempre de resolución)⁴³⁹.

⁴³⁶ Para el supuesto de falta de entrega de la vivienda; entrega de la misma fuera del plazo convenido o sin la preceptiva licencia de ocupación, entre otras que analizaremos pormenorizadamente más adelante.

⁴³⁷ Ley 57/1968, de 27 de julio, y la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

⁴³⁸ Cfr. artículo 3.1 Ley 57/1968, de 27 de julio, y el Apartado Cuarto de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

⁴³⁹ Tal y como advierte buena parte de la doctrina, 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, tal y como advierte el profesor ESTRUCH ESTRUCH, J. en *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op. cit., Pág. 345, con cita a otros autores, como CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, op. cit., Págs. 152 y 158; SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. Y GARRIDO DE PALMA, V. M., “Las

La resolución contractual, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo⁴⁴⁰, puede ejercitarse no sólo en la vía judicial sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte pero a reserva que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando dicha declaración resolutoria

garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores”, op cit., Pág. 93.

En sentido contrario cabe destacar opiniones como la de MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3.2 Ley 57/1968 de 27 julio en relación con el art. 517,2.º LEC. (...)”, op cit., Pág. 4, entiende que efectivamente estamos ante un supuesto de rescisión y hace referencia a los artículos 1291.5 y 1295 CC. En relación con este criterio, el profesor ESTRUCH ESTRUCH, en la obra antes citada concluye que debería ser de aplicación en tal supuesto en plazo de caducidad de cuatro años al que se refiere el art. 1299 CC.

⁴⁴⁰ Vid Sentencia Tribunal Supremo núm. 594/1993 de 15 junio, -RJ 1993\4836- en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se dice: “Es doctrina reiterada de esta Sala [S. 30-3-1992 (RJ 1992\2308) y las en ellas citadas] la que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada”. Y por su relevancia, transcribimos parte del Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 marzo 1992, -RJ 1992\2308-, que establece que: “... la doctrina de esta Sala, contenida no sólo en las sentencias que citan los recurrentes, sino en otras muchas, de fechas algo más recientes [tales como las de 5-11-1982 (RJ 1982\6528), 8-7-1983 (RJ 1983\4203), 19-11-1984 (RJ 1984\5565), 6-10-1986 (RJ 1986\5239), 1-6-1987 (RJ 1987\4021), 14-6-1988 (RJ 1988\4875), 28-2-1989 (RJ 1989\1409), 12 marzo y 4 abril 1990 (RJ 1990\1690, RJ 1990\2694), entre otras] es, efectivamente, la de que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- (y esto parecen haberlo olvidado los recurrentes al articular el motivo) de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada”.

no se admite por la contraparte y resulta impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato). La intervención judicial determina, en definitiva, si la manifestación de voluntad de resolver el contrato ha sido bien hecha, o si, por el contrario, ha de tenerse por indebidamente utilizada⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Cfr. CLEMENTE MEORO, M., “Sobre la posible alegación de la resolución del contrato por vía de excepción”, en www.uv.es/revdret/archivo/num1/pdf/mario.pdf, Págs. 7 a 14, se plantea el indicado autor la cuestión del carácter judicial o extrajudicial de la resolución del contrato y concluye que «en nuestro Derecho el artículo 1124 CC no determina claramente el carácter judicial o extrajudicial de la resolución. Ciertamente establece que “el Tribunal decretará la resolución que se reclame”, y le autoriza para señalar plazo, pero esto sólo si existen “causas justificadas”, además de que comienza declarando que la resolución por incumplimiento constituye una facultad del acreedor en las obligaciones recíprocas (...) Esta inconcreción del artículo 1124 CC ha dado lugar a dos líneas jurisprudenciales y doctrinales, según predomine el carácter judicial o extrajudicial de la resolución. Para la primera de ellas la resolución sólo cabe extrajudicialmente si el deudor la acepta, lo que es tanto como afirmar que la resolución sólo es extrajudicial si resulta de un acuerdo extintivo de la relación contractual, confundiendo con el mutuo disenso y, sobre todo, con la transacción. Porque si no hay acuerdo, hace falta una declaración judicial, que tendrá carácter constitutivo, en el sentido de que los efectos de la resolución sólo se producirán si y desde que haya sentencia que la decrete (...).

Sin embargo, otra línea jurisprudencial y doctrinal más generalizada entiende que es el acreedor y no la sentencia la que determina la resolución del contrato, de manera que si hay controversia sobre ella la sentencia se limitará a declarar si la resolución se ajustó o no a Derecho, pero sus efectos se producirán desde que el acreedor optó por ella, bien mediante declaración extrajudicial, bien mediante demanda judicial».

El profesor CLEMENTE MEORO concluye que «resulta preferible esta segunda línea jurisprudencial, con base en los siguientes argumentos:

1.º Es más consecuente con el carácter de facultad -derecho potestativo o de configuración jurídica- que nuestro artículo 1124 atribuye a la resolución contractual por incumplimiento (...) nuestro Código concibe la resolución contractual como una facultad del acreedor, lo que resulta incompatible con una sentencia constitutiva al respecto.

En definitiva la voluntad rescisoria requiere para su eficacia una resolución judicial que declare su procedencia, al concurrir los supuestos legales del artículo 1124 del Código Civil, y, dado el principio de rogación de parte por el que se gobierna el proceso civil, esa declaración judicial sólo puede obtenerse si se ha ejercitado la correspondiente acción (demanda o reconvencción y no la mera oposición a la demanda).

Por lo que se refiere a las opciones que ofrece la Ley al adquirente en caso de que la construcción de la vivienda

2.º Así como en el artículo 1184 del Código Civil francés se concede al acreedor la posibilidad de demandar la resolución, en el artículo 1124 del Código Civil español se le faculta para exigir la resolución.

3.º La posibilidad de ejercicio extrajudicial de la resolución no significa, ni mucho menos, privar a los tribunales de sus potestades de control respecto de los actos del acreedor a fin de evitar que éste pretenda la resolución del contrato por causa inexistente o insuficiente. Evidentemente, los Tribunales pueden determinar que no se dieron los presupuestos de la resolución y que, consecuentemente, el contrato sigue vinculando a las partes. Pero si los tribunales consideran que se dieron todos los presupuestos para que el acreedor optara por la resolución, esto es, que se ajustó a Derecho, no parece que la sentencia haya de ser constitutiva de la resolución.

Es más, considerar que es la sentencia, y no la voluntad del acreedor en las circunstancias que legalmente le legitiman para dar por resuelto un contrato, la que determina la resolución del contrato llevaría a entender que el contrato sigue vinculando a las partes mientras tal sentencia no se pronuncie. En consecuencia, podría todavía el deudor cumplir y de esa manera enervar la resolución; y también podría el acreedor cambiar de opinión y exigir el cumplimiento aun después de haber optado por la resolución, lo que contradice claramente la doctrina jurisprudencial según la cual *electa una via non datur recursus ad alteram*, y el principio de buena fe, pues si el contratante no incumplidor pudiese optar por el cumplimiento después de haber optado por la resolución, ello conduciría a un agravamiento excesivo e inicuo de la posición del contratante incumplidor, que debería mantenerse dispuesto a cumplir por tiempo indefinido, y además podría dar lugar a la posibilidad, para el contratante no incumplidor, de especular con las fluctuaciones del mercado posteriores a la demanda de resolución».

comprometida no hubiere llegado a iniciarse o no hubiera sido entregada, tal y como hemos adelantado, tanto la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) ofrecen dos posibilidades al adquirente:

Conceder una prórroga al promotor o rescindir (o resolver el contrato)⁴⁴².

Por lo que se refiere a la opción de la rescisión (veremos que en la práctica se habla siempre de resolución) el efecto propio de la acción de resolución es la restitución de las prestaciones (en este caso, las cantidades entregadas a cuenta incrementadas conforme al interés legal del dinero) quedando a salvo por supuesto «los demás derechos que puedan corresponder al cesionario correspondiente a la legislación vigente», por tanto, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios cuando así proceda⁴⁴³.

⁴⁴² Vid artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Véase asimismo el apartado Cuarto de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) que establece: «Ejecución de la garantía.

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 una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

⁴⁴³ La profesora DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit. Págs. 10 y 11, llama la atención sobre esta reticencia de las entidades bancarias y aseguradoras a hacer frente a la obligación de reintegro asumida frente a los consumidores.

En cuanto a la posibilidad del adquirente de conceder una prórroga al promotor-vendedor, la única diferencia que podemos apreciar entre las dos regulaciones referidas es que en la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) se incluye, entre las cantidades a cuya devolución estará obligado el promotor respecto del adquirente: “los impuestos aplicables”.

II. POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DE LOS ADQUIRENTES ANTE EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL PROMOTOR-VENDEDOR

Sentado lo anterior, debemos advertir que existen determinados supuestos en los que:

a) Es posible obtener la devolución de las cantidades anticipadas sin necesidad de resolver el contrato principal (en caso de concesión de prórroga);

b) Supuestos en los que comprador supedita la entrega de anticipos a la concesión de las correspondientes garantías (legalmente exigidas);

c) Por último, véase que existen situaciones excepcionales en las que se produce la declaración de concurso de la empresa promotora (lo que nos obliga a realizar un planteamiento de las opciones que tienen los compradores que han realizado anticipos a cuenta para la compra de viviendas, para recuperar, en su caso, el

dinero adelantado). Nos ocuparemos de este supuesto en el último apartado de este capítulo.

1. Supuesto de concesión de prórroga

Se establece en el art. 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que *«expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda»*.

El párrafo 1 del art. 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, no es más que la traslación al concreto supuesto de la adquisición de vivienda por consumidor⁴⁴⁴ del tenor literal del art. 1124 CC⁴⁴⁵. La Ley reconoce al consumidor la facultad de poder optar aún por el

⁴⁴⁴ Vid. DIÉGUEZ OLIVA, R., “Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria”, op. cit. Págs. 10 y 11.

⁴⁴⁵ Artículo 1124 Código Civil dice:

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

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 casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

cumplimiento, concediendo a tal efecto un nuevo plazo a la parte vendedora, o la resolución del vínculo contractual⁴⁴⁶.

Por su parte la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), en cuanto a las opciones del adquirente ante determinados incumplimientos por parte del promotor-vendedor, en el apartado cuatro determina lo siguiente:

«Cuatro. Ejecución de la garantía.

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 una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

⁴⁴⁶ Tal y como mantienen CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., Pág. 599, «una solución apremiante exigía el deficiente régimen de prórrogas previsto en la Ley 57/1968, y que podía conducir a una pérdida de la garantía prestada por el avalista o asegurador». Los referidos autores en la obra antes dicha, advierten que nada se prevé respecto de las posibles prórrogas en la LOE. Asimismo llaman la atención sobre el hecho de que el régimen vigente, así como las pólizas aseguradoras existentes, contemplan y permiten que el adquirente conceda una prórroga al promotor moroso, pero que no imponen las consecuencias de dicha prórroga al asegurador o avalista, que podrán exonerarse de su garantía por el tiempo que exceda del plazo inicialmente considerado, bien por aplicación del art. 1851 CC bien por entenderse que la prórroga supone una agravación de riesgo de los arts. 11 y 12 LCS (Cfr. STS 27 mayo 2004. RJ 2004, 4264).

Concluyen los citados autores, que «el sistema en su conjunto es deficiente y escasamente considerado con las realidades del mercado y las necesidades de los adquirentes».

En definitiva, ambos cuerpos legales prevén la posibilidad para el adquirente de conceder una prórroga al promotor-vendedor a los efectos de que entregue la vivienda comprometida, previa documentación de tal prórroga.

Teniendo presente que la concesión de prórroga por parte del adquirente al promotor-vendedor es una facultad que se reconoce expresamente en el artículo 3 Ley 57/1968, de 27 de julio, y apartado 4 de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) no podemos perder de vista que existen más condicionantes que imponen ambos cuerpos legales en cuanto a la posibilidad de concesión de prórroga. Así, el artículo 4 Ley 57/1968, de 27 de julio, establece que las garantías que contempla la norma se cancelarán cuando el promotor acredite la entrega de las viviendas a los compradores una vez haya obtenido la cédula de ocupación o cédula de habitabilidad. Y por su parte, el apartado Cinco de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), impone los mismos requisitos⁴⁴⁷.

La lectura conjunta de los artículos 3 y 4 de la Ley 57/1958, de 27 de julio, en relación con el artículo 7 del mismo cuerpo legal (respecto de la irrenunciabilidad de los derechos que otorga esa Ley

⁴⁴⁷ Apartado Cinco de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio): «Cancelación de la garantía. Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que facultan 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 si el adquirente rehusara recibir la vivienda».

a los adquirentes⁴⁴⁸); así como de los apartados 4 y 5 de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio): debe ser interpretada en el sentido de que las compañías aseguradoras o las entidades de crédito avalistas no son libres para establecer con el promotor-vendedor tomador del seguro o avalado el plazo de duración de las respectivas garantías⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Téngase en cuenta que no existe un precepto equivalente al art. 3 Ley 57/1968 en la regulación de la DA 1ª LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

⁴⁴⁹ En el mismo sentido se pronuncia el profesor ESTRUCH ESTRUCH respecto de la Ley 57/1968, de 27 de julio, en *Ibidem*, *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op. cit., Pág. 326.

Avala esta doctrina la línea sentada por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de diciembre de 2007, JUR 2008,100604, que en su Fundamento de Derecho Tercero establece que: «(...) Cumplidos por tanto los presupuestos para la ejecutividad del aval, constituido en fecha distinta y posterior a la del contrato de compraventa, no puede atenderse a requisitos formales no contemplados en la Ley y establecidos entre avalada y avalista sin intervención de las beneficiarias, pues supone de hecho una renuncia por parte de éstas a los derechos que, sin duda como consumidoras de un bien de primera necesidad, les reconoce la Ley 57/68, cuando lo cierto es que el artículo 7º de la misma ley establece que "los derechos que la presente ley otorga los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables", especialmente en lo referido al establecimiento de un plazo de validez del aval -hasta el 31 de agosto de 2.006- cuando la Ley es clara en que el efecto de la expedición de la cédula de habitabilidad es la cancelación del aval y por tanto en clara contravención de lo dispuesto en esa Ley de carácter tuitivo e irrenunciable, no pudiendo verse perjudicadas las consumidoras por un pacto entre avalista y promotora estableciendo un plazo de validez del aval restringido y superando los límites del plazo de entrega convenido en el contrato, vinculándolo a unos requerimientos no contemplados en la norma y excediendo las fechas pactadas, todo lo cual lleva a considerar que se vulnera la normativa contenida en la Ley 26/1.984, de 19 de julio, LGDCU, y lleva a reputar ex officio tales estipulaciones como nulas y que han de tenerse por no puestas, visto lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, considerando el aval cuya ejecución se pretende plenamente válido, puesto que la limitación temporal de validez resulta ineficaz como óbice para la realización de un aval constituido conforme a lo dispuesto en la Ley, dentro de la finalidad de garantía de devolución de las cantidades adelantadas a cuenta caso de rescisión del contrato, y sin perjuicio de las

Por lo tanto, tal y como se ha dicho, el comprador-garantizado puede conceder de modo expreso una prórroga al promotor-vendedor para la terminación de la construcción y entrega de la vivienda. Dicha prórroga debe hacerse constar necesariamente por escrito en una cláusula adicional del contrato de compraventa, especificando el nuevo período de plazo concedido, con indicación de la fecha de terminación de la construcción y la fecha exacta de entrega de la vivienda⁴⁵⁰. Una vez concedida esta prórroga el comprador no podrá exigir la entrega de la vivienda antes de su transcurso⁴⁵¹.

Téngase presente que la prórroga sólo producirá una extensión de la cobertura si se paga la nueva prima, correspondiente al nuevo plazo. Esto debería advertirse al adquirente, pues no es seguro que el promotor por su propia iniciativa solicite la prórroga del seguro, ofreciéndose a pagar la nueva prima.

Entendemos que, en el supuesto de que el comprador garantizado sin el consentimiento de las entidades garantes, conceda prórroga al promotor-vendedor para la terminación de las

relaciones entre avalista y avalado ajenas a la sustanciación de este pleito. ».

En idéntico sentido, Cfr. la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila de 10 de diciembre de 2002, JUR 2003/33397.

⁴⁵⁰ Artículo 3 Ley 57/1968, de 27 de julio. Y en idénticos términos Apartado Cuarto de la DA 1ª LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

⁴⁵¹ En este sentido véase la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de julio de 2005 (JUR 2005/229455).

obras y la entrega de las viviendas, por aplicación del artículo 1851 del Código Civil⁴⁵², dicha prórroga extinguirá las garantías⁴⁵³.

Constituye el modo habitual de proceder en estos casos una tolerancia más o menos larga respecto de los plazos prometidos. Con la Ley 57/1968, de 27 de julio, se pone al adquirente en la difícil tesitura de tener que reclamar inmediatamente la resolución del contrato y devolución de las cantidades entregadas, a riesgo de no poder proceder luego contra el garante, si a pesar de la prórroga, el promotor finalmente no entrega la vivienda⁴⁵⁴. La situación descrita no sólo es singularmente peligrosa para los asegurados, también es frecuente que la «compañía intente prevalerse frente a ellos del incumplimiento por parte del tomador de las obligaciones que respecto de la prórroga tenga el asegurador»⁴⁵⁵.

Suele darse con frecuencia que las entidades bancarias y aseguradoras presenten reticencias a los efectos de hacer frente a la obligación de reintegro asumida frente a los consumidores dado, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo del «hábito mimético de

⁴⁵² Artículo 1851 *«La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza».*

⁴⁵³ Coincidimos en este punto con la opinión del profesor ESTRUCH ESTRUCH, vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas (...)*, op. cit., Pág. 331.

⁴⁵⁴ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., Págs. 599 y 600.

⁴⁵⁵ En este extremo la jurisprudencia viene salvando equitativamente la situación mediante el recurso, seguramente construido por analogía del art. 76 LCS, de que el asegurador no puede oponer al asegurado las excepciones personales que tenga contra el tomador. Leído en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, *Derecho de la construcción...*, op. cit., Pág. 600.

las aseguradoras de rechazar las reclamaciones» (FD Quinto STS de 30 de diciembre de 1998 [RJ 1998, 9983]).

El asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no restitución de las cantidades que el promotor debe restituir cuando el adquirente resuelve el contrato. Garantiza, por tanto, una obligación dineraria, que, como tal, nunca puede extinguirse por imposibilidad sobrevenida fortuita. Esto es de extrema importancia. No importa la razón por la que el promotor no ha cumplido su obligación de entrega, pues en cualquier caso puede el adquirente resolver por esta causa. Los aseguradores o fiadores no pueden alegar la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es ésta la obligación cuyo cumplimiento garantizan, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1182 y 1184 CC.

La determinación del supuesto de hecho de la garantía es fundamental para concretar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción contra el asegurador. No es el día en que estaba comprometida la entrega de la vivienda, sino la fecha en que el tomador del seguro deja de atender el requerimiento de pago del asegurado (SAP Cáceres 1.2.2000, AC 776). Y si la cobertura se ha pactado con carácter solidario, es claro que podrá reclamar directamente el pago al asegurador⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Vid. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y

Lo puesto de manifiesto en cuanto a la posibilidad del adquirente de conceder una prórroga al promotor-vendedor, respecto de la aplicación de la ley 57/1968, de 27 de julio, resulta perfectamente aplicable respecto de la previsión contenida en la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) que como es visto es prácticamente idéntica a la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio.

GONZÁLEZ CARRASCO, MC, Derecho de la construcción..., op. cit., Pág. 599. Asimismo Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, MC, Derecho de la construcción..., op. cit., Pág. 611 y 612, que en relación con la prórroga dice:

“El D 2114/1968 no se refiere a la prórroga concedida al promotor de VPO.

Seguramente por considerar que constituye una competencia exclusiva de la Administración conceder este tipo de prórrogas. Pero no existe ciertamente correlación entre la prórroga para finalizar las obras y la prórroga de la obligación de entrega; y no existe inconveniente para que esta última sea otorgada por los compradores.

Con todo, una prórroga concedida por la Administración no obliga al adquirente, cuyos derechos nacen directamente del contrato, no de las relaciones entre la Administración y el promotor de VPO.

Los adquirentes deberán cuidarse de conceder prórrogas al promotor sin contar con el consentimiento expreso del garante. En otro caso, la garantía se extinguiría, merced al art. 1851 CC. Para evitar otro tipo de riesgo, el art. 4 g) de la Orden de 29 de noviembre de 1968 obliga a las entidades aseguradoras a renunciar en sus condicionados generales a la excepción de impago de la prima por parte del promotor”.

Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes de ejecución (1)”, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 13, Sección Estudios, Segundo Semestre de 2010, Pág. 87, La Ley, 2010.

Seguimos en este punto la opinión mantenida por ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, op cit., Págs. 276 a 283.

2. El derecho del comprador a suspender los pagos sucesivos mientras que el promotor-vendedor no otorgue las garantías exigidas por la ley 57/1968, de 27 julio

No podemos perder de vista que nos encontramos ante un contrato (el de compraventa) con obligaciones recíprocas para las partes contratantes, interdependientes entre sí, y por lo tanto, respecto del que puede ser aplicada la excepción de contrato incumplido (*exceptio non adimpleti contractus*⁴⁵⁷). Esto es, la parte frente a la que se reclame el cumplimiento de sus obligaciones contractuales puede negarse a realizar su prestación acreditando el previo incumplimiento del demandante. Tal y como se destaca en la STS de 16 de abril de 2004⁴⁵⁸: «la excepción de incumplimiento contractual, que se da en las obligaciones recíprocas, fundada en la regla de cumplimiento simultáneo de las mismas y que implica que una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla la suya».

Así pues se trata de la posibilidad de negarse (temporalmente) a cumplir las obligaciones nacidas del contrato para la parte reclamada mientras no se produzca el previo cumplimiento de las obligaciones correspondientes al reclamante, siempre que, según el

⁴⁵⁷ Cfr. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., Pág. 221, que sigue la línea apuntada por 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 siguientes.

⁴⁵⁸ RJ 2004,3261.

programa obligacional establecido en el contrato, las obligaciones de ambas partes debieran realizarse simultáneamente, o el reclamante las tuviera que haber cumplido con anterioridad a la reclamación⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., Pág. 222, con cita a extensa jurisprudencia de la que destacamos la sentencia dictada por el tribunal Supremo dictada en fecha más reciente a las citadas en dicha obra, a saber la sentencia de fecha 20 de diciembre de 2006. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 1284/2006 de 20 diciembre. -RJ 2007\384-.

En la citada sentencia (Fundamento de Derecho Segundo) el Alto Tribunal establece que: «(...) La jurisprudencia ha distinguido, aunque no siempre con la precisión deseable, entre la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, distinción que se ha basado en la gravedad del incumplimiento, especialmente en el contrato de obra, para señalar si los defectos de la obra son de importancia y trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de la subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente (Sentencia de 14 de julio de 2003 [RJ 2003, 4635]) (...)

La cuestión, a partir de la constatación de este tipo de deficiencias, carencias o imperfecciones de la prestación, consiste en saber si tales defectos, o el incumplimiento de deberes accesorios, instrumentales o complementarios, puede justificar que el otro contratante, acreedor de la prestación de que se trate, puede suspender la que le corresponde hasta en tanto haya efectuado la contraparte la subsanación (accepte la reducción de precio, o se avenga a realizar la conducta apropiada para llevar a efecto la reparación o reposición, etc.). Solo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas *exceptio non adimpleti* y *exceptio non rite adimpleti contractus*. Ambas tendrían, así, el efecto común de producir la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la *mora debitoris* de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC.

En el caso, estamos ante una situación en la que los constatados incumplimientos por parte de los demandados en la fijación del espacio para garaje y en la asignación de los trasteros no podrían justificar la resolución, que tampoco se pide por ninguna de las partes, ni pueden ahora justificar la suspensión de la prestación de pago del precio, una vez que se ha aceptado en la instancia que al otorgar la escritura deben ser simultáneamente señaladas

La aplicación de esta excepción permitirá que quede en suspenso el cumplimiento de la obligación del demandado hasta que el demandante no ejecute total o adecuadamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) sus propias prestaciones. Paralelamente, una vez que el demandante cumpla sus obligaciones podrá exigir de su contraparte el cumplimiento. Con este escenario se plantea la duda de si el comprador que se ha obligado contractualmente a ir adelantando cantidades al promotor-vendedor mientras dure la construcción de la vivienda comprada, puede negarse a pagar dichas cantidades si es que el promotor ha incumplido previamente las obligaciones legales impuestas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, en especial la obligación de otorgar garantías que aseguren la eventual devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por el adquirente. Entendemos que en este caso sí concurren efectivamente los requisitos exigidos para la aplicación de la *exceptio non rite adimpleti contractus*⁴⁶⁰, por lo que el adquirente podrá negarse legítimamente a continuar anticipando las cantidades acordadas en tanto el promotor-vendedor no cumpla con las garantías exigidas en ese sentido por la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Por último entendemos relevante señalar que nuestra jurisprudencia consideró en un primer momento que no es causa de resolución del contrato de compraventa la falta de otorgamiento

plazas de garaje y trasteros de acuerdo con lo convenido».

⁴⁶⁰ Seguimos en este punto la opinión manifestada por ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., Pág. 225.

de las garantías exigidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, por parte del promotor-vendedor.

En ese sentido, la jurisprudencia se apoyaba en la tesis que ha defendido desde antiguo de que para resolver un contrato no basta con que se produzca cualquier tipo de incumplimiento, sino que es necesario que éste sea verdadero, propio, grave y esencial, para la economía establecida por las partes en el negocio jurídico o que tenga suficiente importancia para afectar de modo decisivo a los intereses de las partes, impidiendo su satisfacción económica⁴⁶¹. Así las cosas, salvo que se entienda que el incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades garantizadas por los compradores afecta de modo decisivo a la economía del contrato, constituyendo un incumplimiento grave y esencial de las obligaciones principales del promotor, no podrá resolverse el contrato debido a la falta de otorgamiento de las garantías.

La línea jurisprudencial seguida desde fechas más recientes por nuestro Alto Tribunal, partiendo de la tesis general de que para resolver un contrato no basta con que se produzca cualquier tipo de incumplimiento, sino que es necesario que éste sea verdadero, propio, grave y esencial, ha concluido que precisamente la falta de otorgamiento de las debidas garantías constituye un incumplimiento grave o esencial que determina precisamente que sea procedente la resolución contractual. Como ejemplo de las

⁴⁶¹ Vid. CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, Págs. 251 y siguientes.

resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo en fechas recientes que sostienen la referida tesis véase la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 5 de febrero de 2013, Sentencia Número: 25/2013 Número Recurso: 1410/2010⁴⁶².

⁴⁶² Vid. STS de 05/02/2013 (RJ 2013\1995): «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, sin embargo en el supuesto del debate, se alcanzan otras conclusiones

En el mismo sentido se considera esencial la mencionada obligación, la sentencia de esta Sala de 10-12-2012, rec. 1044 de 2010.

A la vista de esta doctrina hemos de resaltar la importancia de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, deber que se impone legalmente, y que contractualmente quedó plasmado en la estipulación séptima del contrato, en la que la sociedad vendedora se obligaba a la entrega del aval.

Dicho 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 refuerza en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando.

En el presente caso, los compradores ante el retraso en la terminación de la obra en el plazo pactado, requirieron para la entrega del aval, sin resultado, resolviendo el contrato ante la dilación en la entrega, de acuerdo con las previsiones contractuales y legales que obligan al vendedor a la entrega del aval al momento de otorgamiento del contrato y sin necesidad de intimación previa.

En autos consta que antes de la terminación de la obra, se había requerido para la entrega de aval, se había requerido de resolución contractual y se había interpuesto la demanda.

Por lo expuesto, ante el incumplimiento de una obligación esencial del contrato (entrega de aval o seguro), de forma reiterada y grave procede acceder a la resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el art. 1124 del C. Civil.

Tiene declarado la Sala que, para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento se han esgrimido por autorizada doctrina varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada "quiebra de la finalidad económica". Pero, en

III. CAUSAS LEGALES DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA CONFORME LA LEY 57/1968, DE 27 DE JULIO

El ejercicio de la acción resolutoria *ex art. 3 Ley 57/1968*, de 27 de julio, se basa en datos objetivos: por una parte, la entrega por parte del comprador de las cantidades anticipadas pactadas contractualmente; por otra, la expiración del plazo convenido de entrega sin que ésta se haya realizado por el promotor. Así las cosas, no hay que estar al carácter grave o no del incumplimiento ni la frustración o no de las expectativas del comprador, sino a la concurrencia de las circunstancias previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio ⁴⁶³.

definitiva, ha de tratarse de un incumplimiento esencial, caracterizado por "producir una insatisfacción de las expectativas o generar la frustración del fin". (STS, Civil sección 1 del 10 de Noviembre del 2011. Recurso: 271/2009).

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

Acordada la resolución por estimación del presente motivo casacional, no procede entrar en el análisis de los demás».

⁴⁶³ Vid. en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de enero de 2009 (Roj: SAP A44/2009) que establece lo siguiente: «En conclusión, para estimar la acción de resolución de las compraventas no debemos estar al carácter grave del incumplimiento ni a la frustración de las expectativas de los compradores ni al carácter esencial del término para la entrega de la vivienda sino a los datos objetivos referidos, de un lado, al pago por parte de los compradores de todas las cantidades anticipadas pactadas en el contrato y, de otro lado, a la expiración del plazo convenido para la entrega de la vivienda sin haberlo realizado por parte de la promotora. Hasta tal punto se confiere al comprador el derecho a la resolución del contrato cuando concurren

Refuerza esta idea la previsión del art. 1.1º Ley 57/1968, de 27 de julio, de una manera contundente: «*para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido*». Es por ello que difícilmente podrá estarse a la existencia de caso fortuito o fuerza mayor como justificación para la no entrega en plazo⁴⁶⁴.

las circunstancias antedichas que la Ley 57/1968 impone al promotor la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas mediante aval o seguro».

⁴⁶⁴ Véase que la jurisprudencia hace una interpretación muy restrictiva del art. 1105 CC, destacamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de junio de 2004 (Roj: SAP SE 2716/2004) que establece: «No estamos de acuerdo que la huelga de trabajadores pueda conceptuarse como caso fortuito o fuerza mayor, pues es una circunstancia que debe estar previsto por las empresas constructoras dada la conflictividad laboral de los trabajadores, y como declara la Sentencia de 18 de abril de 2000 del Tribunal supremo, que la huelga de trabajadores no es caso fortuito, pues requiere además de la imprevisibilidad, la ausencia de culpa por parte del obligado contractualmente, pues indudablemente concurrió una culpa *in eligendo* o *in vigilando* por parte del constructor en escoger el personal para realizar la obra; ni fuerza mayor, que requiere de la existencia de un obstáculo o suceso que siendo extraño a la esfera negocial, sea irresistible o inevitable, existiendo la posibilidad de la contratación con otras personas para la realización del trabajo».

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de noviembre de 2005, dispone que «La fuerza mayor contemplada en el art. 1105 C.c. para excluir la responsabilidad contractual, requiere para su apreciación “la existencia de un obstáculo que, siendo extraño a la esfera negocial del obligado o deudor, sea totalmente irresistible o inevitable”, circunstancias que no se dan cuando el retraso se debe a otros supuestos retrasos de los subcontratistas de la obra ya que ello supone una culpa *in eligendo* o *in vigilando* de la entidad contratista, ni el retraso en la concesión de licencia como circunstancia no ajena a la constructora y en modo alguno identificable con la fuerza mayor invocada, ni puede considerarse imprevisible el volumen de la obra que la recurrente debía conocer con antelación a la firma del contrato, como profesional del sector y promotora de la misma, teniendo la climatología sufrida el carácter de ordinaria, ni puede alegarse la especial complejidad del terreno, por lo que no pueden constituirse estas razones como justificativas de los retrasos». En esta misma línea se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de

1. Incumplimiento de la fecha de inicio y terminación de las obras con las correspondientes autorizaciones administrativas dentro de los plazos establecidos en el contrato

Son muchos y variados, como veremos, los incumplimientos en que puede incurrir el promotor-vendedor, si bien adviértase que la Ley 57/1968, de 27 de julio, únicamente exige garantías para la devolución del dinero entregado anticipadamente respecto de los incumplimientos consistentes en la falta de inicio o terminación de las obras dentro del plazo establecido en el contrato o en la falta de obtención de la cédula de habitabilidad⁴⁶⁵.

30 de marzo de 2006: «Los problemas que surgieron para la finalización de las obras de urbanización que corrían a cargo del Ayuntamiento, no pueden modificar la decisión de la sentencia de instancia, ya que no podemos aceptar que tales hechos tengan la consideración de un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor que puedan justificar el retraso que ha existido en la entrega de la vivienda, pues no se traten de hechos imprevisibles que pudieran abrir la puerta a tales figuras ya que están relacionados directamente con la construcción de las viviendas, y, por ello, debieron ser previstos por la constructora cuando contrató con los compradores la fecha de entrega de las mismas». Insiste en ello la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de fecha 6 de abril de 2006: «Apreciado el retraso en la entrega de la vivienda, la valoración de las circunstancias en orden a su imprevisibilidad por la vendedora se sitúa en dos factores: demora de la contrata del Ayuntamiento encarga de ejecutar las obras del APE 19/010 y modificación de la pendiente de la Calle Asteroides para adaptarla a la entrada de los bomberos al edificio, integrantes, ambos, de un supuesto de fuerza mayor (artículo 1105), tesis que debe desestimarse ya que en todo caso y tratándose de una entidad experta en el sector inmobiliario, aquéllos factores de carácter técnico, propios del sector, son detectables y previsibles y, en consecuencia, evitables con los cálculos oportunos y repercusión en los plazos». Leído en DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, op cit., “La acción prevista en el artículo 3 Ley 57/1968: interpretación conjunta de los artículos 1 a 4”.

⁴⁶⁵ Vid. REBOLLEDO VARELA, A.L., “Compraventa de vivienda:

El hecho de que la Ley 57/1968, de 27 de julio, haya previsto exclusivamente este incumplimiento de manera expresa, ha sido objeto de críticas constantes por parte de la doctrina⁴⁶⁶, por cuanto son muchos y variados los incumplimientos en los que puede incurrir el promotor-vendedor.

Que la Ley 57/1968, de 27 de julio, circunscriba exclusivamente el incumplimiento del promotor-vendedor a la falta de inicio o terminación de las obras dentro del plazo establecido en el contrato o en la falta de obtención de la cédula de habitabilidad, parecía haber variado tras las modificaciones introducidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, por la LOE. Véase que la DA 1ª de la LOE, en su redacción original decía: *«La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante*

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)”, AC núm. 6/2005, Págs. 2 y 3; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993, Págs. 283 y siguientes, que habla de las “patologías” en la adquisición de viviendas; y ver también MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude de la compraventa de viviendas futuras...” , op cit., Pág. 1068 que se refiere a «cargas o gravámenes desconocidos por el comprador, o incluso existir defectos ocultos, que dentro del periodo de diez o quince años de que responde el constructor vendedor, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo, hagan el piso inhabitable».

⁴⁶⁶ Así véanse, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, op cit., Pág. 62; CABANILLAS SANCHEZ, A., “Las garantías del comprador...”, op cit., Pág. 24; CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades...”, op cit., Pág. 531; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., Págs. 241 y 242; GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio...”, op cit., Pág. 4; SAPENA TOMÁS, J., CERDÁ BAÑULS, J. Y GARRIDO DE PALMA, V.M., “Las garantías de los adquirentes de viviendas...”, op cit., Pág. 93.

un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas»⁴⁶⁷.

Sin embargo, tal y como apuntan muchos autores, la intención del legislador de la LOE no era la de ampliar el ámbito de incumplimientos del promotor respecto de los que imperativamente se deba garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores⁴⁶⁸.

Así pues, tras la promulgación de la LOE debe continuar entendiéndose que únicamente está garantizada la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores ante los incumplimientos del promotor relativos al no inicio o no terminación de las obras en plazo y no obtención de la cédula de habitabilidad. Quedando así excluidos todos los demás incumplimientos del promotor, por relevantes que puedan ser.

⁴⁶⁷ Texto original, publicado el 06/11/1999, en vigor a partir del 06/05/2000.

⁴⁶⁸ Véanse en este sentido: CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2ª, Ed., Aranzadi, Pamplona, 2001, Pág. 532. Mantiene el citado autor en la citada obra 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» (refiriéndose a la redacción del texto original, publicado el 06/11/1999 de la DA 1ª LOE); CHAMORRO POSADA, M., “Percepción de cantidades a cuenta...”, op cit., Pág. 15; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit., Págs. 243 y 244; MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, op cit., Págs. 764 y 765.

Por lo tanto, la obligación garantizada por el seguro o aval bancario es la devolución de las cantidades entregadas por el comprador para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Este objeto de incumplimiento es predicable tanto de la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

Tal como se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 440/12 de 28 de junio⁴⁶⁹ el art. 1124 del Cód. Civil debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de una de las partes en los contratos con obligaciones recíprocas que posibilita la resolución del contrato ha de ser grave o sustancial, lo que no significa una resistencia extraordinaria al cumplimiento de la presentación, sino que es suficiente con que la conducta de quien incumple genere en la contraparte cumplidora de sus obligaciones la frustración del fin del contrato, es decir, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte⁴⁷⁰. Esta frustración del fin del contrato se identifica con lo que la contraparte tenía derecho a

⁴⁶⁹ Sentencia Tribunal Supremo nº 440/12 de 28 de junio, Ponente Sr. Xiol Rius (Roj STS 5708/2012, Recurso 75/12).

⁴⁷⁰ Esta Sentencia cita otras que contienen el mismo principio: (STS de 14 de junio de 2011, recurso nº 369/200; STS de 9 de julio de 2007, recurso nº 2863/2000, STS 18 de noviembre de 1983, STS 31 de mayo de 1985, STS 13 de noviembre de 1985, STS 18 de marzo de 1991, STS 18 de octubre de 1993, STS 25 de enero de 1996, STS 7 de mayo de 2003, STS 11 de diciembre de 2003, STS 18 de octubre de 2004, STS 3 de marzo de 2005, STS 20 de septiembre de 2006, STS 31 de octubre de 2006 y STS 22 de diciembre de 2006.

esperar en virtud del contrato, que en el contrato de compraventa, entre otras expectativas, está el recibir la cosa en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado en el contrato, y en las condiciones pactadas para poder ser usada conforme a su naturaleza. De esta forma, en cuanto al plazo de entrega declara el Tribunal Supremo que el mero retraso no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por las partes, "porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento" sin perjuicio de que pueda dar lugar a constituir al vendedor en mora, a tenor del art. 1100 del Cód. Civil, con las consecuencias de los arts. 1101, 1096 y 1182 del Cód. Civil⁴⁷¹.

De esta forma, debe partirse del principio de conservación de los contratos, *pacta sunt servanda*, la resolución contractual se contempla de modo excepcional exigiendo la jurisprudencia un interés jurídicamente atendible, descartando que la resolución tenga carácter abusivo o contraria de buena fe, o incluso dolosa, si se basa en incumplimiento más aparente que real.

El Tribunal Supremo en esta Sentencia nº 440/12, de 28 de junio, sienta como conclusión que para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas

⁴⁷¹ (Tol 2099219) - La Sentencia comentada cita en este sentido la Nº 223/11 de 12 de abril, Ponente Sr. Seijas Quintana (Roj 2018/2011), Recurso 2100/07. Sentencia citada y comentada por AÑÓN CALVETE, J., en AÑÓN CALVETE, J., "Características de la garantía de la Ley 57/1968. Especial referencia a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 218/2014, de 7 de mayo", en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 53, enero de 2015.

obligaciones pueda considerarse como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo (STS de 25 de junio de 2009, Recurso nº 2694/2004 y de 12 de abril de 2011, Recurso n.º 2100/2007), lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento definitivo del contrato (STS de 17 de diciembre de 2008, Recurso n.º 2241/2003). En esta misma línea se han pronunciado las Sentencias nº 500/13 de 10 de julio y Sentencia nº 640/13 de 25 de octubre⁴⁷²: en esta última se declara que el plazo de entrega de la vivienda tendrá la consideración de obligación esencial si así se ha pactado en el contrato o se pueda desprender de él inequívocamente, lo cual remite a la interpretación de los contratos, es decir, que a través de la interpretación se pretende encontrar la verdadera intención de las partes.

1.1 Falta de entrega de la licencia de primera ocupación

Íntimamente ligado al retraso surge la necesidad de entender que la entrega de la vivienda y el concepto mismo de vivienda va

⁴⁷² Sentencia del Tribunal Supremo nº 500/13 de 10 de Julio, Ponente Sr. Arroyo Fiestas (Roj STS 4085/2013, Recurso 530/11) y Sentencia nº 640/13 de 25 de octubre Ponente Sr. Marín Castán, (Roj.: STS 5071/2013, Recurso 1666/10).

unido a la obtención de la licencia de primera ocupación, o cedula de habitabilidad, documento administrativo que acredita que esa concreta construcción dispone de los servicios y condiciones mínimos que la hacen habitable, o lo que es lo mismo, que tiene la consideración física y jurídica de vivienda habitable⁴⁷³.

Por lo que se refiere a la configuración contractual de la licencia de primera ocupación y su imbricación y desarrollo interpretativo, véase que hasta la Sentencia de Pleno de 10 de septiembre de 2012 (núm. 537, 2012) - Roj: STS 7649/2012-, la doctrina tradicional consideraba a la licencia de primera ocupación como una obligación, en todo caso, accesoria del contrato celebrado y cuyo incumplimiento quedaba circunscrito al ámbito de las infracciones de índole administrativa y, por tanto, ajeno o extramuro a la vía del incumplimiento resolutorio del contrato.

«Con la referida sentencia⁴⁷⁴, se da un primer paso hacia su valoración contractual y no meramente administrativa, pues si bien se reconoce que, en principio, y salvo pacto expreso, el deber de

⁴⁷³ Leído en AÑÓN CALVETE, J., “Características de la garantía de la Ley 57/1968 (...)”, op cit., Pág. 16.

⁴⁷⁴ ORDUÑA MORENO, F., “La licencia de primera ocupación y su configuración contractual. Imbricación y desarrollo interpretativo. Aplicación sistemática y práctica de la doctrina”, en VARIOS, *Jurisprudencia civil y mercantil del Tribunal Supremo, Seleccionada y comentada año judicial 2012-2013*, Ed. Civitas, 2014, Págs. 211 a 215.

De dicho comentario, queremos destacar en cuanto a los procesos de configuración o tipicidad contractual desarrollados recientemente por la doctrina jurisprudencial, en el ámbito sistemático que: «La licencia de primera ocupación como riesgo asignado del contrato y la cláusula *rebus sic stantibus*. Al respecto véase nuestro comentario a la STS de 17 de enero de 2013 (núm. 820, 2013)».

obtención de la licencia no tiene el carácter esencial, no obstante, puede inferirse dicho carácter si así se desprende de las condiciones pactadas en el contrato, o cuando su falta de obtención determine un incumplimiento grave de la obligación de entrega del inmueble.

La innovación de la sentencia objeto de comentario radica, precisamente, en que partiendo de este contexto interpretativo desarrolla la configuración conceptual de la figura como elemento natural imbricado en la obligación básica del vendedor de entregar la cosa “en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto”; con lo que, en realidad, se invierte su proceso de aplicación, tal y como había quedado en la Sentencia de 10 de septiembre de 2012, pues al configurarse como un elemento natural de la obligación de entrega de la cosa, como regla general y no como excepción que resulte expresamente pactada, el deber de obtención de la licencia de primera ocupación, salvo que otra cosa se pacte expresamente, participará del carácter esencial que caracteriza a la obligación de entrega de la cosa debida.

Del mismo modo, y de forma relevante, la configuración contractual de la figura también participará cuando la cuestión litigiosa se refiere al cumplimiento de la propia obligación de entrega de la cosa, pues como resalta la sentencia, al amparo del artículo 1258 del Código Civil y del juego lógico-jurídico de los artículos 1097 y 1469 del mismo cuerpo legal, debe considerarse cumplida dicha obligación cuando la entrega comprenda “todo

aquello” que resulte del contrato, de su finalidad y de la idoneidad del propio objeto del contrato.

En esta misma línea, tal y como también destaca la sentencia, debe señalarse que idéntico fundamento de responsabilidad contractual concurre en los procesos constructivos, en donde el promotor-vendedor, como responsable último y solidario, responde tanto de los defectos constructivos, como “de la calidad e idoneidad del producto final elaborado”, cuestión que no se resuelve o agota con la mera entrega de la cosa, STS de 22 de octubre de 2012 (núm. 584, 2012)⁴⁷⁵».

Aun cuando el art. 1.1^a de la Ley 57/1968, de 27 de julio, requiere la constitución de garantías de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido, hay que admitir que no solo el plazo es relevante sino también que la vivienda en concreto haya obtenido la licencia de primera ocupación, es decir, que la construcción haya llegado a buen fin, que no es otro que la construcción tenga las condiciones necesarias para ser considerada como vivienda destinada a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial.

⁴⁷⁵ Roj: STS 7374/2012.

Por lo que se refiere a la Ley 57/1968, de 27 de julio, deberemos analizar el art. 1 1ª y artículos 2 a 5 del mismo cuerpo legal. Así veremos que el art. 1.1ª de la Ley 57/1968, de 27 de julio, requiere la constitución de garantías de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores para el caso de que construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido; por su parte art. 2 establece que el cedente estará obligado a la devolución de las cantidades percibidas a cuenta incrementadas con los intereses correspondientes no sólo cuando la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, sino también en caso de que «no se obtenga la Cédula de Habitabilidad». El art. 4 señala que únicamente podrán cancelarse las garantías una vez haya sido «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 (...)»⁴⁷⁶.

En cuanto a lo que ha de entenderse por “llegar a buen fin” la construcción (art. 1.1º Ley 57/1968, de 27 de julio), hay que decir que el buen fin es el previsto y pactado en el contrato de adquisición, por lo que dicha expresión es equivalente al

⁴⁷⁶ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades entregadas anticipadas...*, op cit, Pág. 247, aboga por que la Ley 57/1968, de 27 de julio, sea interpretada de manera integradora y sistemática y concluye que la “entrega de la vivienda” a la que se refiere el pfo.1º de art. 3 debe entenderse como una entrega física de la vivienda junto con la autorización administrativa (cédula de habitabilidad o licencia de ocupación) que permita legalmente su utilización por el comprador.

cumplimiento contractual del promotor, esto es, la puesta a disposición de la vivienda en la fecha pactada. Para que se produzca la entrega de la vivienda es imprescindible contar con el documento expedido por la Administración que acredite que aquélla cumple los requisitos mínimos de habitabilidad exigidos por la normativa; hasta entonces, no puede hablarse de entrega a los efectos que nos ocupan. Dicho documento será la cédula de habitabilidad, salvo en aquellas Comunidades Autónomas donde baste la licencia de primera ocupación, por haberse suprimido la cédula de habitabilidad como documento necesario para reconocer la aptitud de un inmueble para ser destinado a vivienda⁴⁷⁷.

La dicción del art. 4 Ley 57/1968, de 27 de julio, no deja dudas al respecto, cuando dispone que *“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”*. Esto es, sólo cuando se produzca la concesión de la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación (según la Comunidad Autónoma)

⁴⁷⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de enero de 2009 (Roj: SAP A 44/2009) dispone: «En tercer lugar, las viviendas fueron terminadas, según consta en el certificado de final de obra, el día 28 de mayo de 2007, pero las mismas no pudieron ser entregadas hasta tanto se otorgara la licencia municipal de primera ocupación, lo que tuvo lugar el 13 de julio de 2007 (documento número 4 de la contestación). La licencia municipal referida no es un requisito irrelevante sino que es un elemento accesorio de trascendental importancia para el cumplimiento efectivo de la obligación principal de entrega de las viviendas (artículo 1.097 del Código civil) pues sin la misma no pueden contratarse los imprescindibles suministros de energía eléctrica, agua, gas y telecomunicaciones...»

puede el promotor cumplir su obligación de entrega y, por ende, puede considerarse cancelada la garantía por el avalista.

En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 223/14, de 28 de abril (Roj: 1763/2014) que se remite a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2012 (Roj: STS 7649/2012), en los siguientes términos: «En este caso ha de entenderse por "llegar a buen fin" (expresión que recoge el aval) es equivalente al cumplimiento del contrato, en este caso la obligación principal de MARBELLA VISTA GOLF, S.L. de poner a disposición de las compradoras el inmueble en la fecha establecida como prorrogada de 31 de octubre de 2.005. Obligación de hacer que se fijaba en el contrato firmado por avalado y beneficiario con un límite temporal que aparece ampliamente rebasado cuando se comunica la intención de resolver el contrato y se requiere la devolución de las cantidades entregadas, por lo que se cumple el primero de los citados presupuestos y también aparece acreditado en autos que las compradoras se dirigieron a la vendedora haciéndole saber su voluntad de resolver el contrato».

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de 9 de abril de 2.003⁴⁷⁸ señala que «El artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio lo que trata es de garantizar al comprador de vivienda futura la devolución de las cantidades que anticipó,

⁴⁷⁸ Roj: STS 2494/2003.

tanto si la construcción no se hubiera iniciado, como cuando no llega a buen fin por cualquier causa, que es el supuesto de autos. La garantía cabe prestarla por medio de contrato de seguro o por medio de aval, que se establece como solidario, a cargo de entidad bancaria y para que resulte operativa es preciso que se den los supuestos fácticos que se dejan reseñados, en cuyo caso el comprador está facultado, por la opción que la ley le concede, para rescindir el contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6 por ciento de interés anual (Sentencia de 15/11/1999). La resolución del contrato, lo que impone integrar el "factum", tuvo lugar en forma extrajudicial (...) y seguidamente se produjo la judicial (...) Lo que ha de tenerse en cuenta es la concurrencia de incumplimiento acreditado, pues esta situación actúa como presupuesto que facilita la devolución de las cantidades anticipadas. En el caso presente tal situación incumplidora ha quedado precisada a la no terminación de la vivienda vendida en construcción por haberse paralizado las obras sin causa justificada y por tanto se está ante supuesto de construcción que no alcanzó buen fin, es decir el previsto y pactado en el contrato de adquisición».

En cuanto a la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación respecto de contratos de compraventa de inmuebles en construcción en los que las partes no pactaron expresamente su carácter esencial, en las sentencias dictadas por nuestros tribunales se reitera la jurisprudencia consolidada según la

cual tiene carácter resolutorio todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa. Y ello por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (artículo 1258 CC), la falta de cumplimiento de este deber no solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, sino también, en su defecto, "en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente", correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

Queremos llamar la atención sobre las conclusiones alcanzadas en el Encuentro Sala Primera del Tribunal Supremo con Magistrados de Audiencias Provinciales, Madrid 13-15 de marzo de 2013, ponencia en la que intervino como moderador el Excmo. Sr.

D. Francisco Javier Orduña Moreno⁴⁷⁹, en el sentido siguiente: «La necesidad de valorar en cada caso las circunstancias concurrentes dificulta fijar conclusiones sobre el alcance de la falta de otorgamiento del aval en garantía de cantidades anticipadas o de la falta o retraso de la licencia de ocupación. No obstante, conjugando las intervenciones y la exposición del ponente, se puede concluir que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo avanza hacia la integración de ambas obligaciones en el ámbito contractual y a su carácter esencial, en cuanto son garantía de las obligaciones de esenciales de pago del precio y entrega de la cosa vendida, acudiendo en la valoración como parámetro al principio de la buena fe».

IV. SITUACIONES ANÓMALAS

1. Supuesto de declaración de concurso de la promotora

Como consecuencia de la crisis del sector de la construcción que ha sufrido España en los últimos años, ha sido muy habitual que se produjera la paralización o incluso la suspensión de obras de viviendas por falta de financiación o por problemas económicos de las promotoras. En muchos de esos casos las obras afectadas ya tenían sus compradores, que ya habían abonado determinadas

⁴⁷⁹ Cfr. XIOL RÍOS, J.A., (Dir.), “Compraventa de bienes inmuebles. licencia de primera ocupación. aplicabilidad de cláusula rebus sic stantibus”, en Encuentro Sala Primera del Tribunal Supremo con Magistrados de Audiencias Provinciales, Madrid 13-15 de marzo de 2013, Págs. 12 a 17.

cantidades en forma de anticipos a cuenta de la compra. Se hace necesario analizar la problemática que se plantea en caso de declaración de concurso de la empresa vendedora en los supuestos en que se han llevado a cabo entrega de cantidades anticipadas para la compra de viviendas, cuando dicha declaración de concurso de la empresa vendedora se produce en el periodo que media entre la firma del contrato privado (compraventa, arras, promesa de venta, señal) y la fecha prevista para la entrega y para escriturar la vivienda⁴⁸⁰.

La declaración de concurso de la empresa promotora-vendedora produce necesariamente efecto respecto de las posibilidades procesales del comprador en cuanto a la posibilidad de instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de la empresa vendedora⁴⁸¹.

La cuestión no es pacífica en la doctrina, siguiendo los artículos 61 y 62 LC ⁴⁸², pueden distinguirse cuatro hipótesis

⁴⁸⁰ Vid. MARTÍNEZ SANZ, F., “Concurso de promotoras inmobiliarias y contratos de adquisición de viviendas pendientes (...)”, op cit., Pág. 87.

⁴⁸¹ Seguimos en este punto la opinión mantenida por ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción (...)”, en Crisis económica y responsabilidad en la empresa, op cit., Pág. 278 y 279.

⁴⁸² Artículo 61 *Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas*

“1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la

diferentes en la situación jurídica del comprador ante el concurso de la promotora. A saber:

1) Cuando con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso o bien la promotora o el comprador han cumplido

otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización.

Ir a Norma modificadora Número 2 del artículo 61 redactado por el número cuarenta y siete del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («B.O.E.» 11 octubre). Vigencia: 1 enero 2012

3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.

Artículo 62 Resolución por incumplimiento

“1. La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.

2. La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

4. Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda”.

íntegramente sus obligaciones. En tal caso, si el que cumplió fue la promotora, esta tendrá contra el comprador un crédito dinerario para exigirle la totalidad del precio que se integrará en la masa activa del concurso. En caso de que cumpla el comprador, este tendrá un crédito concursal ordinario a la entrega de la vivienda (crédito no dinerario) que a los solos efectos de la cuantificación del pasivo (art. 88.1 y 3 LC) deberá ser computado en dinero.

2) En caso de que a la fecha de declaración del concurso el comprador ya hubiera incumplido el contrato, el crédito pecuniario a la entrega del precio se integrará en la masa activa del concurso.

En supuesto de que el incumplimiento anterior hubiera sido del promotor, el comprador no podrá instar la resolución del contrato de compraventa, puesto que en los contratos de tracto único la facultad de resolución del contratante *in bonis* queda limitada, y únicamente puede ejercitarse frente a incumplimientos posteriores a la fecha de la declaración del concurso. De este modo, a menos que el comprador a fecha de declaración del concurso ya hubiera ejercitado una acción de resolución (en cuyo caso podría aplicarse el artículo 51 LC) o bien hubiera resuelto extrajudicialmente el contrato por incumplimiento previo del promotor, no podrá instar la resolución y su crédito (que continúa siendo a la entrega de la vivienda y, por tanto, no dinerario) será un crédito concursal ordinario que deberá incluirse en la lista de acreedores.

3) En el supuesto de que a la fecha de la declaración del concurso ninguna de las partes hubiera cumplido íntegramente o incumplido sus obligaciones, el contrato de compraventa continuará desplegando sus efectos. En tal caso, el comprador estará obligado a continuar cumpliendo sus obligaciones de pago con arreglo al programa obligacional establecido en el contrato y el promotor estará obligado a construir la vivienda con cargo a la masa.

En este caso el promotor no podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones del comprador si a su vez no está cumpliendo las suyas (*exceptio non adimpleti contractus*)⁴⁸³.

En esta situación, y pese a no haber incumplimiento de ninguna de las partes, el artículo 61.2 II LC permite a la concursada o a la administración concursal solicitar la resolución del contrato de compraventa si lo estiman de interés para el concurso.

4) En el supuesto de que el promotor concursado incumpla tras la fecha de la declaración del concurso sus obligaciones de finalizar y entregar en plazo las viviendas (y ello a pesar de que el artículo 61.2 LC señala que debe cumplir con cargo a la masa sus

⁴⁸³ Siguiendo al profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción (...)”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, op cit., Pág. 276: «(...) en esta hipótesis el comprador no es un acreedor concursal. De hecho todavía no hay incumplimiento del promotor y es posible que (si construye la vivienda con cargo a la masa en el plazo establecido) no lo haya hecho nunca. Por ello, entendemos que el hipotético crédito del comprador no debe constar en la lista de acreedores ni como crédito contingente ni de ningún otro modo».

obligaciones derivadas de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes). En estos casos el artículo 62 LC señala que el comprador podrá instar la resolución del contrato de compraventa. Esta acción resolutoria se deberá interponer a ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

Si se decreta la resolución, los créditos que nazcan a favor del comprador a consecuencia de dicha resolución (devolución de las cantidades, pago de intereses, daños y perjuicio, etc.) serán créditos contra la masa y no créditos concursales (artículos 62.4 y 84.2.6 LC).

A pesar de que exista causa de resolución, el juez atendiendo al interés del concurso podría acordar la vigencia del contrato y la obligación de cumplimiento del mismo para ambas partes, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.

Así, el comprador no podrá instar la resolución del contrato por incumplimientos de la promotora anteriores a la fecha declaración del concurso ⁴⁸⁴, y en caso de incumplimientos

⁴⁸⁴ Esta opinión no es unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En cuanto a las líneas seguidas por la doctrina, destáquese MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas” (artículo 61), en ROJO-BELTRÁN, Comentario de la Ley Concursal, Ed. Civitas, Madrid, 2004, Págs. 1164 y 1165, que afirma que es posible la resolución en contratos de tracto único aunque el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración del concurso; la misma autora en “Consideraciones en torno a la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso”, ADCo, núm.

13, 2008, Pág. 71. Cfr. PIÑEL LÓPEZ, E., “Efectos del concurso sobre los acreedores, los créditos, los contratos y los actos perjudiciales para la masa”, RDCP, núm. 2, 2005, Pág. 43, este autor a pesar de que reconoce que del régimen resolutorio que establece el artículo 62 LC parece que se excluye la resolución por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso de los contratos que no sean de tracto sucesivo, señala que esta exclusión “no resulta lógica”, y, por lo tanto, en tiende que sí que debe caber la resolución también en los supuestos de contratos de tracto único por incumplimientos anteriores a la fecha de declaración del concurso. También ROCA I TRIAS, E., “Eficacia e ineficacia de los contratos en el concurso del deudor”, en Aspectos civiles de derecho concursal, XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Murcia, 2009, Págs. 50 y 52. Esta autora parece defender la aplicación del artículo 1124 CC a los incumplimientos anteriores a la fecha de la declaración del concurso del deudor, sin distinguir si se trata de contratos de tracto único o sucesivo.

FRIGOLA I RIERA, A., “El adquirente de vivienda ante el concurso inmobiliario”, en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), Crisis inmobiliaria y derecho concursal, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, Págs. 182 y 183, entiende que es posible instar la resolución contractual por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso también en los contratos de tracto único, pero lo que no se podrá pedir son las consecuencias de la declaración de resolución, esto es, la restitución de las prestaciones por lo que el único objeto del proceso podrá ser la obtención de un pronunciamiento judicial resolutorio y de condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Por su parte, CARRASCO PERERA, A., “Concurso de la inmobiliaria promotora y situación concursal de los contratos de compraventa de vivienda con precio adelantado”, en Comentarios jurídicos de Gómez Acebo & Pombo núm. 5, 2009, Pág. 48, entiende en relación con el contrato de compraventa de viviendas en construcción, que «el comprador no puede resolver después de la fecha de la declaración del concurso por el incumplimiento de una obligación vencida antes de dicha fecha»; el mismo autor se pronuncia en idéntico sentido en “Los derechos de garantía en la Ley Concursal”, Ed. Civitas, Madrid, 2009, Pág. 138.

Asimismo GARCIA VICENTE, J.R., “Seguros de caución o avales por cantidades percibidas a cuenta y concurso del promotor”, en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), Crisis inmobiliaria y derecho concursal, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, Pág. 196, entiende que no es posible para el comprador de la vivienda instar la resolución del contrato por incumplimientos de la promotora anteriores a la fecha de la declaración del concurso porque «en tal caso, la Ley Concursal no autoriza al contratante in bonis a promover la resolución del contrato (artículo 62.1 LC) puesto que el incumplimiento es “anterior” a la fecha de declaración de concurso y el contrato de adquisición no puede ser calificado de contrato de tracto sucesivo, toda vez que fragmentar la

posteriores la resolución deberá instarse ante el juez de lo mercantil que, además, en interés del concurso podría negarse a concederla (artículos 61 y 62 LC).

El comprador, ante el incumplimiento acreditado por parte del vendedor de sus obligaciones (falta de entrega de la vivienda en el plazo establecido en el contrato; la no obtención de la licencia de ocupación o en su caso la falta de inicio de la construcción en el tiempo establecido) puede instar en el proceso ejecutivo correspondiente la ejecución del aval o de la póliza individual de seguro, que, con arreglo a la Ley 57/1968, de 27 de julio, garantizan precisamente la devolución de las cantidades entregadas por el comprador más los intereses legales de las mismas “para el caso de

prestación única de pago del precio no transforma la naturaleza del contrato que es de tracto único».

Véase que ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores”, RDCE, núm. 12, 2010, Págs. 132 y 133 y MARTÍNEZ SANZ, F., “Concurso de promotoras inmobiliarias (...)”, op cit., Págs. 90 y 95, entienden que no es posible solicitar la resolución de los contratos por incumplimientos de la promotora producidos con anterioridad a la fecha de la declaración de concurso.

Por su parte VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al artículo 62 LC”, en CORDÓN MORENO, F., (Dir.), “Comentarios a la Ley Concursal”, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, Pág. 486; MONTSERRAT VALERO, A., “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contrato bilaterales”, ADCO, núm. 14, 2008, Págs 78, 81 y 85; BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, Pág. 75 y SANCHEZ PAREDES, M^a.L., “Los contratos bilaterales pendientes en el concurso”, RDCE, núm. 18, 2009, Pág. 447, entienden, con carácter general, refiriéndose a todos los contratos de tracto único y no sólo al de compraventa de viviendas, que el contratante *in bonis* no puede instar la resolución del contrato por incumplimientos anteriores del concursado.

la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”⁴⁸⁵.

Ahora bien, por lo que se refiere al caso de que el promotor se encuentre en situación de concurso (bien se haya producido el incumplimiento del vendedor antes o incluso después de la fecha de la declaración de concurso) es lo cierto que la doctrina se pronuncia de diferentes modos.

Algunos autores entienden que las garantías reconocidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, deben poder funcionar al margen del concurso de la empresa promotora-vendedora⁴⁸⁶. Por otra parte, no faltan autores que sostienen que el comprador, ante el incumplimiento de la promotora, no podrá ejecutar el aval o el seguro de caución una vez declarado el concurso, sino que deberá acudir al juzgado de lo mercantil para instar la resolución del contrato a través de un incidente concursal por incumplimiento, y la sentencia que se dicte en este incidente concursal permitirá, si la administración concursal no restituye con cargo a la masa las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, la ejecución

⁴⁸⁵ Art. 1. 1ª Ley 57/1968, de 27 de julio.

⁴⁸⁶ En ese sentido, véase ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, op cit. Págs. 308 y siguientes. También ÁLVAREZ-CIENFUEGOS GARCÍA, M.J., “El adquirente de vivienda ante el concurso de acreedores de la promotora” en *Diario La Ley*, núm., 7187, 2 de junio de 2009, Pág. 2. De este último trabajo destacamos la siguiente afirmación de su autor: «si el comprador dispone de una garantía regularmente extendida, tendrá acción directa contra la entidad garante para exigir la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, al margen del concurso de la promotora, siempre que, evidentemente, se hayan producido sus requisitos de exigibilidad».

posterior del aval. Mantiene este sector de la doctrina que, con la sentencia o en su caso el Auto de conformidad, el comprador podrá acudir al banco para hacer efectivo el importe del aval⁴⁸⁷.

De hecho, véase que la Ley no exige que con carácter previo a la ejecución del título se haya reclamado al promotor o al garante la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente⁴⁸⁸; ni que se haya obtenido judicialmente la resolución del contrato de

⁴⁸⁷ Vid. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Crisis de constructoras e inmobiliarias”, op cit., Págs. 14 y siguientes.

En cuanto a esta postura, resulta significativa la opinión profesor ESTRUCH ESTRUCH, J., que es contraria a la teoría desarrollada por ENCISO ALONSO-MUÑUMER, por varias razones. Sostiene ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, op cit., op cit., Págs. 278 y 279, que hay que tener presente que la jurisprudencia ha señalado que se puede ejecutar el aval o la póliza individual sin necesidad de que el comprador tenga que resolver judicialmente con carácter previo el contrato de compraventa de vivienda. En este sentido se pronuncian entre otras, la STS de 9 de abril de 2003 (RJ 2002, 2957); SAP de Burgos de 26 de febrero de 2010 (JUR 2010, 155151) y AAP de Valencia de 6 de noviembre de 2009 (JUR 2010, 109156).

El profesor ESTRUCH, en la obra antes dicha, destaca dos pronunciamientos dictados por la Audiencia Provincial de Valencia: de una parte la SAP de Valencia, de 19 de julio de 2010 (JUR 2010, 349356), que resuelve un supuesto en el que los compradores, antes de instar la resolución del contrato de compraventa ante el Juzgado de lo Mercantil, ejecutaron los avales contra la entidad bancaria que los emitió. La referida sentencia señala que: «Ninguna norma legal o pacto contractual, obligaba a la parte actora a requerir a la demandada la resolución contractual y la devolución de las cantidades entregadas con carácter previo a la interposición de la demanda».

En sentido opuesto, el AAP de Valencia, de 29 de marzo de 2010 (JUR 2010, 219783), entiende que es necesaria la previa resolución del contrato privado de compraventa para poder ejecutar el título del art. 3 Ley 57/1968, de 27 de julio.

⁴⁸⁸ Apunta ESTRUCH ESTRUCH, J., “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, op cit., Pág. 279, que precisamente la ley exige que el aval sea solidario.

compraventa; ni en su caso se haya instado la resolución extrajudicial del contrato de modo expreso⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ Sobre la conveniencia de instar con carácter previo a la ejecución de las garantías la resolución judicial del contrato de compraventa, podemos encontrar posturas contrapuestas en la doctrina: De una parte, destacamos a ESTRUCH ESTRUCH, J., que mantiene que aun cuando instar la previa resolución judicial del contrato no es un requisito exigido por la Ley 57/1968, de 27 de julio: «el hecho del comprador de instar la ejecución del aval o de la póliza de seguro deberá entenderse como una declaración tácita de voluntad de querer resolver el contrato de compraventa».

El profesor Estruch pone como ejemplo que el art. 3.1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, permite al comprador, ante el retraso en la entrega de la vivienda que pueda optar entre resolver el contrato o conceder una prórroga al vendedor. En caso de que se opte por la concesión de prórroga, la Ley exige que se haga constar en una cláusula adicional del contrato de compraventa, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda. En cambio, en cuanto a la opción por la resolución, no exige que la misma sea aceptada por el vendedor ni que sea instada judicialmente.

En contra, podemos encontrar a diversos autores que mantienen que para que se pueda ejercer con éxito su garantía, es necesario que el comprador, previamente haya resuelto el contrato de compraventa. En este sentido véanse GARCÍA VICENTE, J.R., “Seguros de caución o avales por cantidades percibidas a cuenta y concurso del promotor”, en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, Pág. 138. En idéntico sentido, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Crisis de constructoras e inmobiliarias”, op cit., Pág. 141. Y también SANJUÁN MUÑOZ, E., *Concurso de acreedores en el sector de la construcción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, Págs. 451 y 452.

Véase que MARTÍNEZ SANZ, “Concurso de las promotoras inmobiliarias (...)”, op cit. Pág. 101, coincide con los anteriores en que es requisito para la posible ejecución de la garantía la previa resolución del contrato, y añade, en cuanto al intento de ejecución de seguro de caución que es requisito indispensable que las cantidades anticipadas se hayan ingresado en la cuenta especial prevista en la ley. En este sentido adviértase que es este el criterio mantenido por los tribunales, Cfr. STS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9983) y el comentario a la misma realizado por MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998”, CCJC, núm., 50, 1999, Págs. 745 y siguientes; y la STS de 22 de septiembre 1997”, CCJC, núm. 46, 1998, Págs. 59 y siguientes.

En las situaciones en las que la promotora no está en concurso nunca se ha exigido para la ejecución de las garantías que el comprador, con carácter previo a la interposición de la demanda ejecutiva resuelva judicialmente el contrato de compraventa. Que la promotora esté declarada en concurso, no parece que justifique este nuevo requisito para la ejecución de las garantías⁴⁹⁰.

Cuando se hayan producido incumplimientos del promotor ya sean anteriores a la fecha de declaración del concurso o por incumplimientos posteriores a la misma, el comprador que entregó cantidades a cuenta y se encuentra garantizado con arreglo a la Ley 57/1968, de 27 de julio, podrá ejecutar fuera del concurso las garantías contra la entidad de crédito o aseguradora que emitió el correspondiente título, sin necesidad de que se produzca la resolución judicial del contrato de compraventa.

Cabe preguntarse si el comprador puede resolver el contrato de compraventa cuando el vendedor no entrega la garantía legal por las cantidades adelantadas. Repárese en que este incumplimiento cursa con independencia del cumplimiento de la obligación principal. La jurisprudencia concursal⁴⁹¹ es propicia a la

⁴⁹⁰ Así lo defiende ESTRUCH ESTRUCH, en “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora”, en *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, op cit., Págs. 280 y 281.

⁴⁹¹ Se cita a modo de ejemplo la Sentencia dictada por Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, núm. 152/2010 de 8 marzo (JUR 2010\132125), que estima parcialmente la demanda incidental planteada. En el Fundamento de Derecho Primero de la misma se dice: «Es ciertamente discutible el criterio que la administración concursal ha seguido en el

interpretación restrictiva del derecho de resolver, por considerar que no se trata en principio de un incumplimiento esencial del contrato⁴⁹².

tratamiento concursal de los compradores de vivienda futura, a los que -sin duda para darles así algún reflejo en el listado de acreedores- ha reconocido como acreedores contingentes en función de una eventual resolución del contrato de compraventa que de momento los liga con la deudora en concurso. En otras resoluciones incidentales dictadas en incidentes promovidos por compradores que han pretendido su exclusión del listado de acreedores concursales se ha estimado la demanda bajo la consideración de tratarse de contratos pendientes de cumplimiento, que continúan en vigor tras la declaración del concurso (artículo 61. 2 de la LC), a salvo los derechos que en su caso deban reconocerse a los compradores si el contrato es resuelto por incumplimientos posteriores a la declaración del concurso (artículo 62. 1 LC). En todo caso, puesto que los compradores han sido reconocidos como acreedores contingentes, el hecho de que no llegue a cumplirse la condición "suspensiva" bajo la cual se ha verificado ese especial reconocimiento no debe perjudicar su derecho a resolver el contrato, cuando se dan las circunstancias que la LC establece, y a que su crédito restitutorio tenga, cuando sea judicialmente declarado, la naturaleza que legalmente le corresponde, que es la de crédito contra la masa del artículo 84 2 6º de la LC .

Lo que no cabe en modo alguno compartir es que los compradores de las viviendas cuyo contrato permanezca en vigor tras la declaración del concurso puedan ser incluidos en la lista de acreedores como titulares de un crédito ordinario, sin limitación de derechos concursales, por el importe de las sumas entregadas a cuenta del precio final, que es lo que en este caso solicita la parte demandante en el primero -letras a y f- de los pedimentos de su demanda. La obediencia al principio dispositivo obliga por ello a desestimar la demanda en este particular, manteniendo con ello el criterio de la administración concursal, que deberá sin embargo diferenciar el origen de cada uno de los componentes del crédito, que responde en realidad a dos contratos distintos. Como es lógico, si el crédito ha sido reconocido como contingente ordinario, y así debe permanecer, la indicación de una determinada cuantía o importe carece por completo de trascendencia en el concurso, puesto que se trata de créditos "sin cuantía propia" (Art. 87. 3). Su cuantía será la que efectivamente tengan cuando desaparezcan las circunstancias que, de momento, lo hacen contingente (...).»

⁴⁹² CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, op cit., Pág. 618, muestran su disconformidad con la referida línea jurisprudencial mantenida de manera constante por parte de la jurisprudencia concursal y señalan los citados

Por lo que se refiere a la clasificación de créditos en el concurso, adviértase que la introducción de los créditos por intereses como créditos subordinados obliga, en lo sucesivo, a diferenciar el crédito por principal y por intereses, pues ambos tienen distinto tratamiento.

Son subordinados los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía. Consideración especial merecen los supuestos de compraventa de viviendas cuando se produce la resolución del contrato por no terminación y falta de entrega, planteándose la calificación de los créditos por devolución de las cantidades adelantadas. En este sentido, la Audiencia Provincial de Alicante que considera que «el crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece el artículo 3 de la Ley 57/1968 , de 27 de julio, modificado por la DA 1ª de la LOE, redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase (artículo 92.3º Ley Concursal) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso (art. 59.1 Ley Concursal)»⁴⁹³.

autores que «Otra cosa es que el comprador vaya a sacar poco fruto de esta resolución cuando no hay un tercer garante del pago de estas cantidades».

⁴⁹³ En ese sentido vid. la Sentencia de 9-7-2010 de la Audiencia Provincial

de Alicante Sección 8ª, de la que destacamos el Fundamento de Derecho Sexto que dice: «Quedan por determinar las consecuencias de la resolución contractual, en particular, el tratamiento concursal del derecho a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores y del derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

En relación con esta cuestión las alternativas que caben son, o bien se califican como créditos concursales o bien se califican como créditos contra la masa. La Sala confirma la conclusión de la Sentencia de instancia al considerarlos créditos concursales siendo el argumento de mayor peso la interpretación a contrario sensu del artículo 84.2.6º LC que considera como créditos contra la masa los créditos que, conforme a esta Ley, resulten... de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado, de tal manera que los créditos que resulten de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución por incumplimiento de la parte antes de su declaración de concurso deben ser calificados como créditos concursales pues no cabe extender la calificación de créditos contra la 2003/29207

El crédito derivado de la obligación de restituir las cantidades anticipadas por los compradores debe calificarse como crédito concursal ordinario al no estar especialmente contemplado como supuesto de crédito privilegiado ni subordinado (artículo 90.3 LC).

El crédito derivado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la parte actora concreta en el interés legal de las cantidades anticipadas según establece el artículo 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, modificado por la Disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, debe calificarse como crédito concursal subordinado al considerar como tales los créditos por intereses de cualquier clase (artículo 92.3º LC) que se devengarán hasta la fecha de declaración del concurso (artículo 59.1 LC)».

CONCLUSIONES

Una vez presentado el estudio de la regulación relativa al percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, podemos extraer las siguientes reflexiones.

I

Ha sido objeto de estudio del presente trabajo, el tratamiento que hace la legislación española respecto de los adquirentes que realizan entregas a cuenta para la compra de viviendas sin que las mismas les hayan sido entregadas y que tiene como finalidad principal la de garantizar la posición de los mismos, que *a priori*, se encuentran en situación de indefensión.

«Es frecuente en los contratos de cesión de viviendas que la oferta se realice en condiciones especiales, obligando a los cesionarios por el estado de necesidad de alojamiento familiar en que se encuentran a la entrega de cantidades antes de iniciarse la construcción o durante ella», así se indica en el Preámbulo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

De hecho la citada ley surge como consecuencia de la justificada alarma provocada por la reiterada comisión de abusos por parte de constructores-promotores. La Doctrina es unánime al

destacar la importancia que tuvo en cuanto a la promulgación de la referida ley el caso de la empresa “Construcciones Nueva Esperanza, SL”, Cones, en 1963.

II

Mediante la Ley 57/1968, de 27 de julio, que por su antigüedad no es muy conocida, se reconoce a favor del adquirente de una vivienda que entregue anticipos de dinero a cuenta del total precio, una serie de mecanismos: civiles, administrativos y penales, para el caso de que el vendedor incumpla su obligación de entrega, de modo que éste puede hacer valer sus derechos.

De hecho, la Ley 57/1968, de 27 de julio, da la posibilidad al adquirente que haya realizado anticipos a cuenta de escoger entre: exigir el cumplimiento exacto del contrato (si es posible) o en su caso, resolverlo (rescindirlo, según el tenor literal de la ley), obteniendo la restitución de las cantidades anticipadas incrementadas con los correspondientes intereses, entre otros.

III

El sistema de protección iniciado por la Ley 57/1968, de 27 de julio, se vivificó a través de la normativa dictada en defensa de los consumidores, lo cual es lógico habida cuenta que se trataba de

un conjunto de medidas de protección a modo de derecho de consumo.

Antes de la vigencia de esta ley especial el régimen jurídico de las compraventas de viviendas en construcción con precio entregado anticipadamente, esta materia se regulaba únicamente por el sistema genérico de la compraventa de cosas futuras que parte del contenido del artículo 1271 del Código Civil.

IV

La Ley 57/1968, 27 julio, ha sido derogada por la letra a) de la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras («B.O.E.» 15 julio 2015) que será aplicable a partir del 1 de enero de 2016. Dicha ley también refunde las disposiciones que continúan vigentes, así como el nuevo sistema de solvencia y otras normas que se ha considerado necesario introducir, teniendo en cuenta la evolución del mercado asegurador.

La Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, contiene la modificación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. En concreto se modifica la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, en la que se contiene la nueva regulación sobre

percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

V

Por lo que se refiere al tratamiento de la cuestión objeto del presente trabajo (garantías en el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas) en concreto, en los sistemas jurídicos de Francia, Italia y Alemania, véase que en esencia, en su regulación se contiene una protección similar a la reflejada en las Ley 57/1968, de 27 de julio. Un sistema que prácticamente se reproduce en la modificación de la misma que introduce la Ley 20/2015, de 14 de julio (DA 1ª LOE).

Hemos hecho un breve resumen de los distintos sistemas adquisitivos de Francia, Italia y Alemania, que se articulan en torno a distintos sistemas adquisitivos. Ahora bien, llegamos a la conclusión de que el problema que plantea esta cuestión es ajeno al sistema adquisitivo, pues en definitiva la complicación estriba en que el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes no es simultáneo.

Precisamente porque el cumplimiento de las obligaciones de las partes no es simultáneo el adquirente se encuentra en una clara situación de inferioridad respecto del promotor, por cuanto la entrega de la vivienda comprometida se difiere en el tiempo por lo que el adquirente debe procurarse algún tipo de garantía para

obtener la eventual devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del total precio, para el caso de que el promotor no cumpla lo pactado.

Precisamente con la vocación de ofrecer una protección al adquirente que se encuentra en esa situación de desventaja se promulga la Ley 57/1968, de 27 de julio que más tarde será seguida por la nueva redacción de la DA 1ª de la LOE dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

En particular hacemos un breve estudio de cómo los citados tres sistemas tratan la cuestión de las garantías en el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, deteniéndonos en concreto en la regulación especial aprobada en Italia (Decreto legislativo de 20 de junio de 2005, núm. 122).

VI

Junto con un breve análisis de la regulación del percibo de cantidades a cuenta en la adquisición de vivienda en los países de nuestro entorno, resulta interesante hacer mención a la regulación de nuestro derecho autonómico de la materia.

El interés en la regulación autonómica de la materia se pone de manifiesto especialmente como consecuencia de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), en su apartado Séptimo, dedicado a “Infracciones y sanciones”

respecto del incumplimiento de los preceptos regulados en la misma.

Es lo cierto, que no podemos identificar ninguna remisión a la regulación autonómica en la Ley 57/1968, de 27 de julio. No obstante lo cual, durante la vigencia de dicha ley han coexistido multitud de regulaciones autonómicas en relación con la garantía de anticipos a cuenta en la compraventa de viviendas. Tampoco en la DA 1ª de la LOE (conforme a la redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) encontramos referencias a la legislación autonómica.

VII

En cuanto a los sujetos que pueden ser objeto de esta ley, según el tenor literal del artículo primero de la misma, distinguimos, de una parte, la figura del obligado al cumplimiento de las garantías exigidas en la misma, que se identifica como cedente o promotor y de otra, la del adquirente de la vivienda (también identificado como cesionario).

El artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece las condiciones exigidas a los promotores (personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas) que pretendan obtener entregas a cuenta del precio antes del inicio de las obras construcción o incluso durante el transcurso de las mismas.

La figura del promotor se recoge tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la regulación que la sustituye de conformidad con la Ley 20/2015, de 14 de julio, en la que se identifica como la persona física o jurídica que promueva la construcción de viviendas.

Aun cuando la actual redacción es mucho más breve, recoge en definitiva el mismo espíritu contenido en la redacción primitiva, esto es: protege a los compradores que realicen entregas a cuenta del precio para la compra de todo tipo de viviendas, que es el concepto clave que es objeto de protección. Véase que en la Ley 57/1968, de 27 de julio, se hacía una exclusión expresa en los siguientes términos: «... *que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial*».

La doctrina ha venido considerando un concepto amplio de promotor, concepto que entendemos extensible tanto a la previsión de la Ley 57/1968, de 27 de julio, como a la regulación de la DA 1ª LOE según Ley 20/2015, de 14 de julio. Se entiende incluidas en dicho concepto varias figuras:

- a) el promotor-constructor (que realiza la construcción de un edificio y posteriormente lo vende;
- b) el promotor-vendedor (que celebra un contrato de obra con terceros, coordina a los distintos gremios, financia la operación y posteriormente vende la obra;

- c) el promotor-mandatario (que se ocupa de programar e impulsar la edificación por cuenta del dueño de la obra, pero no tiene ni la iniciativa ni el papel fundamental en la operación);
- d) el promotor-prestatario de servicios o promotor aparente (que promueve la edificación con el objeto de adjudicar las viviendas construidas a sus asociados, a sus socios o a los comuneros o, en su caso, a terceras personas.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, para referirse al sujeto protegido por las garantías que la misma establece, utiliza términos muy generales como “cesionarios”, “compradores” y “adquirentes”.

Por su parte, la DA 1ª LOE (modificada por el apartado dos, de la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio) hace referencia en todo momento a la figura del “adquirente”.

Las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, no resultan de aplicación a toda persona que adquiriera una vivienda en construcción, pues resulta esencial que el destino final de tal adquisición sea la de destinar la misma a residencia familiar o domicilio precisamente del adquirente. Se excluye por tanto del ámbito de aplicación de esta ley aquellas adquisiciones de vivienda que tengan por finalidad la de introducirla en el mercado inmobiliario u obtener rendimiento económico de ella.

Por su parte, del tenor literal de la DA 1ª de la LOE según Ley 20/2015, de 14 de julio, no se desprende que queden excluidos del ámbito de aplicación de la ley la adquisición de vivienda cuyo destino final sea destinar la misma a residencia familiar o domicilio precisamente del adquirente. Ese es un punto diferencial importante entre ambas regulaciones (Ley 57/1968, de 27 de julio, y la DA 1ª de LOE según Ley 20/2015, de 14 de julio).

VIII

El art. 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, señala como concreto ámbito de la edificación sujeto a su régimen: *«viviendas (...) destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente, o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial»*.

Por su parte, el apartado dos, de la Disposición Final Tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, que modifica la DA 1ª de la LOE, ofrece el siguiente tenor literal respecto del sujeto pasivo de la norma que sustituye la anterior dicción de la Ley 57/1968, de 27 de julio: *«1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes (...)»*.

El elemento central de nuestro estudio es precisamente el concepto de vivienda, definida por diccionario de la Real Academia

Española como el “lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, se aplica no sólo a viviendas destinadas a servir de domicilio o residencia (ya sea permanente o habitual) de las personas, sino también, a aquellas otras viviendas que están destinadas a servir de residencia de temporada (segunda residencia) o apartamentos turísticos, siempre que el adquirente los adquiera como destinatario final de las mismas.

Entendemos que la DA 1ª de LOE según Ley 20/2015, de 14 de julio, dado el carácter abierto de su tenor literal, también será de aplicación a viviendas que están destinadas a servir de residencia de temporada (segunda residencia) o apartamentos turísticos, siempre que el adquirente los adquiera como destinatario final de las mismas.

Podemos advertir como diferencias entre la anterior redacción (Ley 57/1968, de 27 de julio) y la actual (texto introducido en la LOE por medio de la Ley 20/2015, de 14 de julio) en cuanto al ámbito de aplicación objetivo de la norma, que la redacción contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio, era más extensa, ya que hacía referencia expresa al tipo de vivienda cuya compra mediante anticipos a cuenta del precio es objeto de protección por medio de la Ley.

Resulta obvio que, siendo que esta regulación dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no entra en vigor hasta el día 1 de enero

de 2016, no podemos analizar sentencias de contraste a los efectos de interpretar el sentido de la nueva regulación de la materia. No obstante lo cual, parece que el espíritu de la nueva regulación es continuista respecto de la regulación y jurisprudencia anteriores (derivadas de la Ley 57/1968, de 27 de julio), así las cosas, podemos entender que continúa siendo de aplicación la interpretación doctrinal y jurisprudencial elaborada en relación a la Ley 57/1968, de 27 de julio, teniendo presentes las escasas novedades introducidas en la nueva regulación.

IX

La determinación de las *cantidades* que se encuentran bajo el régimen de la Ley 57/1968, de 27 de julio, (art. 1 primera) así como de la DA 1ª LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) y por ende, resultan garantizadas: son aquellas que sean anticipadas por los adquirentes para la compra de las viviendas.

No podemos olvidar que las cantidades cuya eventual devolución se garantiza en ambas regulaciones, comprende además de las cantidades anticipadas los intereses legales devengados desde el momento en que se lleva a cabo la entrega de los anticipos por parte de los adquirentes.

Con particularidad de que en la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio, desde la entrada en vigor de la LOE (en su redacción original) existe además, la obligación de devolver

el 6% de interés anual respecto de las cantidades anticipadas. Esta obligación se predica exclusivamente de los contratos en los que la eventual devolución de las cantidades anticipadas se haya garantizado por medio de aval.

En cambio, respecto de los contratos en los que se haya prestado como garantía el seguro, se exige al promotor que garantice la eventual devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes más el interés legal del dinero.

Con la DA 1ª de la LOE (dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) tanto los contratos en los que se haya otorgado aval como seguro, como medio de garantía, existe la obligación del promotor de que garantice la eventual devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes más el interés legal del dinero.

X

Con la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre) se incluye la mención explícita al pago mediante efectos cambiarios, considerando estos títulos valores como pago adelantado en el sentido de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a pesar de que el vencimiento de los efectos sea posterior al momento en que se debe cumplir la obligación de entrega y al momento en que el adquirente resuelve, exigiendo la restitución de las cantidades pagadas.

XI

Tanto el artículo 1 2º de la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la DA 1ª de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, exigen que las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores sean ingresadas en una cuenta especial a nombre del promotor, de modo que se mantenga una total independencia de cualquier otro tipo de fondos o depósitos que el promotor tuviera en la misma entidad.

De los fondos depositados en la cuenta especial únicamente podrá disponer el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Debemos poner el acento en el hecho de que la DA 1ª LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), apartado Uno, 1 - letra a), supedita la obligación del promotor de asegurar la eventual devolución de las cantidades anticipadas para la compra de la vivienda a la «...obtención de la licencia de edificación» algo que no exigía el anterior texto legal.

De hecho el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que la omisión del aval o garantía, así como del depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial que tiene como consecuencia jurídica la resolución del contrato.

XII

El artículo 1 Ley 57/1968 indica que están sometidos a las garantías previstas en la norma: los «*contratos de cesión de viviendas*», ahora bien, es lo cierto que el legislador no pretende utilizar el estricto término jurídico, de hecho persigue todo lo contrario, esto es, utiliza un término lo suficientemente amplio y vago para que puedan ser incluidos en el ámbito de aplicación de la norma todos los negocios jurídicos cuya finalidad última sea la de proporcionar vivienda a uno de los contratantes, siempre que dichos negocios se celebren antes o durante la construcción de las viviendas, y se exija al futuro adquirente la entrega de cantidades anticipadas.

Todo ello además, con independencia 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 entrega de dichas cantidades (arras, señal, reserva, entrega a cuenta, etc.) De este modo, la Ley 57/1968, de 27 de julio, se aplicará a todo tipo de negocios jurídicos en virtud de los cuales una persona pretenda adquirir una vivienda durante la construcción de la misma o antes de iniciarse ésta y tenga que entregar cantidades a cuenta.

Por su parte, la DA 1ª de la LOE, según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, no hace referencia expresa alguna al tipo de contrato u operación que queda protegida por dicha regulación. Aunque podemos deducir que, siendo que emplea

constantemente la denominación “adquirentes” para identificar al sujeto que es objeto de protección por esta normativa, resulta evidente que esta norma está protegiendo la adquisición de viviendas.

La forma que revista dicha adquisición parece indiferente, por lo que entendemos que resulta plenamente aplicable al régimen establecido por la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) todo lo dicho respecto de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

XIII

Por lo que se refiere a las exigencias introducidas en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) en relación con la información contractual están contenidas en el apartado Tres de la Disposición Adicional Primera de la LOE, conforme Ley 20/2015, de 14 de julio, se requiere:

- Que se haga referencia a la cuenta especial específica en la que se deberán ingresar los anticipos a cuenta (lo que no se decía de modo expreso en la Ley 57/1968, de 27 de julio);
- y además se advierte que el promotor, 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, de que deberá devolver al adquirente que haya realizado entregas a cuentas del precio para la adquisición de la vivienda, además del importe adelantado junto con los correspondientes intereses legales (ya no se habla como en el art. 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, del seis por ciento de interés anual), los impuestos aplicables.

XIV

Tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª de la LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) se extrae que son dos las exigencias que imponen los referidos cuerpos legales al promotor de viviendas que pretenda obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma:

1) garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el interés anual, mediante el otorgamiento del correspondiente seguro o aval. Recordemos que en la nueva redacción de la regulación de la materia (DA 1ª LOE conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) ya ha desaparecido la mención al seis por ciento de interés anual y se habla exclusivamente de interés legal; y

2) recibir los anticipos a través de una cuenta especial, con total separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer este para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

XV

La regla 2ª del art. 1 de la Ley 57/68, de 27 de julio, *in fine*, prevé la responsabilidad de la entidad de crédito depositaria que apertura la cuenta especial. Téngase en cuenta la frase empleada por la indicada Ley, la frase clave es: “*bajo su responsabilidad*”.

A nuestro juicio, los requisitos legales de la cuenta especial, establecidos de modo imperativo en la Ley 57/1968, de 27 de julio, no obligan únicamente al promotor-vendedor, sino que también obligan y vinculan de igual modo a la entidad de crédito, como ocurre en otros supuestos del ordenamiento jurídico en los que se establecen diversas limitaciones para la disposición, como es el caso de valores mobiliarios depositados en entidades de crédito, de modo tal que la entidad de crédito no podrá autorizar la disposición de dichos valores sin control e cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para ello.

Pese a esa previsión con carácter imperativo, en la práctica, las entidades de crédito no exigen para proceder a la apertura de la cuenta especial que el promotor acredite haber otorgado las

garantías legales exigidas para asegurar la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores.

Entendemos que en el supuesto de que un promotor haya abierto una cuenta corriente ordinaria en una entidad de crédito y la entidad desconozca que dicha cuenta va a ser destinada al ingreso de cantidades anticipadas por los compradores, la entidad de crédito no quedará sometida a responsabilidad por haber abierto y realizado operaciones sobre dicha cuenta corriente, pues el banco no tiene porqué conocer el destino que el promotor pretende darle a la cuenta que se abrió en la entidad bancaria.

Consideramos en cambio, que en caso de que la entidad bancaria conozca el destino que tendrán los anticipos que se depositen en dicha cuenta, necesariamente dicha entidad tendrá responsabilidad respecto del adquirente.

Mientras algunos autores entienden que la responsabilidad de las Entidades Bancarias o de Crédito en este caso es de carácter subsidiario, defendemos en este trabajo que la responsabilidad exigible a la entidad bancaria o de crédito es directa y por tanto solidaria respecto de la responsabilidad predicable del promotor.

XVI

En cuanto a la “cuenta especial” a la que se refieren tanto la Ley 57/1968, de 27 de julio, como la DA 1ª de LOE (conforme a redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), véase que el

régimen operativo de esta cuenta para las Entidades Bancarias o Cajas de Ahorro es idéntico al que de cualquier otra cuenta que pueda tener el promotor o cualquier particular en la entidad.

La obligación de apertura de la cuenta especial corresponde al vendedor, de modo que el incumplimiento de la misma no puede perjudicar al consumidor, esto es, no se puede hacer repercutir en el consumidor las consecuencias de una obligación legal que corresponde al promotor.

No es infrecuente que la cuenta que se abre para recibir las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores no tenga ninguna especialidad respecto de otro tipo cualquiera de cuenta bancaria. Tampoco es extraño que las entidades bancarias no comprueben que las cantidades de la “cuenta especial” de las que dispone el promotor-vendedor se destinan única y exclusivamente a las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas.

Destáquese la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 30 de abril de 2015, que establece la línea jurisprudencial a aplicar desde ese momento por los tribunales en relación con las particularidades de la cuenta especial a la que se refiere la Ley 57/1968, de 27 de julio, y que posteriormente será de aplicación conforme la redacción de la DA 1ª de la LOE (conforme la redacción de la misma dada por la Ley 15/2015, de 14 de julio), en

tanto no se varíe el criterio jurisprudencial seguido por el Tribunal Supremo.

En definitiva el Tribunal Supremo confirma la doctrina jurisprudencial que sienta 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, 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.

XVII

No existe ningún precepto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, que contemple de manera expresa el momento en que se llevará a cabo la cancelación de la cuenta especial. Ahora bien, el artículo 4 de dicha Ley, establece una referencia temporal para poder cancelar las garantías previstas en la referida Ley. Así, en atención a dicho precepto parece razonable defender que la cuenta especial abierta exclusivamente para el ingreso de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores también deba cancelarse cuando las viviendas adquiridas sean entregadas a los compradores,

una vez expedida por la autoridad administrativa correspondiente la pertinente cédula de habitabilidad o licencia de ocupación.

XVIII

La Ley 57/1968, de 27 de julio, en su artículo primero primera, impone a los promotores que pretendan obtener de los cesionarios entregas a cuenta cumplir entre otras, la condición de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Como ya hemos apuntado, desde la entrada en vigor de la LOE, se modifica ese particular en cuanto a que la cantidad que debe ser garantizada por medio de aval o seguro es la correspondiente a las cantidades anticipadas más el interés legal del dinero.

La redacción de la DA 1ª de la LOE (conforme la Ley 20/2015, de 14 de julio) asume el contenido del artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, puntualizando que el otorgamiento de las garantías que exige la Ley serán exigibles desde la concesión de licencia. Entendemos que el hecho de que la nueva regulación

de la materia establecida por la DA 1ª de la LOE (redacción conforme a la Ley 20/2015, de 14 de julio) condicione la exigencia al promotor de otorgar las correspondientes garantías a favor del adquirente a la concesión de licencia, nada tiene que ver con el espíritu garantista y protector del adquirente con el que en principio se promulga la ley. Y ello por cuanto ya conocíamos después de casi cincuenta años desde la entrada en vigor de la Ley 57/1968, de 27 de julio, que precisamente la no concesión de licencia podía resultar constitutivo de causa de resolución del contrato. Entendemos que el legislador ha errado en este caso, en tanto que ha eliminado de la regulación una cuestión garantista para el adquirente-consumidor, que se presenta en esta relación jurídica como la parte más débil.

Las formas que prevé la ley especial para garantizar la eventual devolución de los anticipos a cuenta por parte del promotor son: aval y seguro. La doctrina jurisprudencial más reciente configura esta obligación de prestación de garantía como esencial, respecto de la resolución contractual.

XIX

El asegurador o avalista no garantiza el cumplimiento de la obligación de entrega, sino el de la no restitución de las cantidades que el promotor debe restituir cuando el adquirente resuelve el contrato.

Siendo que tanto con una como otra regulación (Ley 57/1968, de 27 de julio) y DA 1ª LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) se exige que se garantice una obligación dineraria, nunca podrá extinguirse por imposibilidad sobrevenida fortuita.

XX

Las dos formas de garantía cuyo otorgamiento se impone al promotor que quiera recibir del adquirente entregas a cuenta para la adquisición de vivienda son: el aval y el seguro, tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª LOE (según redacción Ley 20/2015, de 14 de julio).

Respecto del aval, la regulación de la materia contenida en la DA1ª LOE (redacción Ley 20/2015, de 14 de julio) sigue la línea marcada por la Ley 57/1968, de 27 de julio. Si bien adviértase que:

— En el requisito incluido bajo la letra a) se especifican las cantidades cuya eventual devolución tiene que garantizarse por el aval;

— Se prevé de manera expresa que en caso de incumplimiento por parte del promotor-vendedor, el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista, 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, según la letra b) del apartado 2 de la DA1ª LOE (redacción Ley 20/2015, de 14 de julio);

— En la letra c) del apartado 2 de la DA 1ª LOE (redacción Ley 20/2015, de 14 de julio), contempla que se producirá la caducidad del aval, 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.

En cuanto al seguro previsto como garantía en la Ley 27/1968, de 27 de julio y posteriormente en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 27/1968, de 27 de julio), destáquese que en el apartado 2º del número Dos de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) se establecen los requisitos que deberán contener los seguros otorgados al amparo de la LOE a partir del 1 de enero de 2016:

a) Se suscribirá una póliza de seguro individual por cada adquirente, en la que se identifique el inmueble para cuya adquisición se entregan de forma anticipada las cantidades o los efectos comerciales;

b) La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de adquisición (sea cual fuere el tipo de contrato que se suscriba entre promotor-vendedor y adquirente);

c) El tomador del seguro será 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 (o contrato de adquisición de la vivienda que se escoja);

d) Tendrá la condición de asegurado el adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa.

e) El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible.

f) La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas.

g) La entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados.

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.

El asegurador deberá indemnizar al asegurado en el plazo de treinta días a contar desde que formule la reclamación.

i) En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión.

j) El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a éstos.

k) En el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

l) En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

XXI

El art. 3.2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, establece *que «el contrato de seguro o el aval unido al documento febaciente 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 asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley». Es visto que existe un reconocimiento expreso en la Ley 57/1968, de 27 de julio, al carácter ejecutivo del aval o seguro otorgados al amparo de la misma (en consonancia con la exigencia impuesta en el ordinal 9º del art. 517.2 LEC).

Así pues, la Ley 57/1968, de 27 de julio, confiere al aval el carácter de título ejecutivo siempre y cuando se acompañe de documento fehaciente de la no entrega en plazo.

Por su parte, adviértase que en la redacción dada a DA 1ª de la LOE (por la Ley 20/2015, de 14 de julio) no se incluye ninguna referencia expresa (que como hemos visto sí existía en la Ley 57/1968, de 27 de julio) al carácter ejecutivo del aval o el seguro regulados en dicha Ley.

Así las cosas y de conformidad con el ordinal 9º del art. 517.2 LEC, resulta evidente que no se puede predicar del aval o seguro que se otorguen a la amparo de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) su carácter ejecutivo.

La consecuencia lógica de tal ausencia de reconocimiento expreso de efecto ejecutivo al aval o seguro otorgados al amparo de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) supone que la única opción que tiene el adquirente

que se enfrente a un incumplimiento de sus obligaciones principales por parte del promotor-vendedor es acudir a la vía declarativa instando la rescisión (resolución del contrato) o en su caso, conceder una prórroga al promotor-vendedor.

Así las cosas es visto que la nueva redacción de la regulación de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas “olvida” una de las ventajas más interesantes que ofrecía al adquirente la anterior Ley 57/1968, de 27 de julio, esto es, el reconocimiento expreso del carácter ejecutivo del aval o seguro otorgados conforme a dicha Ley. Lo que otorgaba al adquirente un procedimiento mucho más ágil para lograr la eventual devolución de las cantidades anticipadas, ante un incumplimiento esencial del promotor-vendedor.

XXII

Ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del promotor-vendedor el adquirente tiene varias opciones, a saber:

a) Resolver extra judicialmente el contrato y exigir del promotor-vendedor la devolución de las cantidades anticipadas más los correspondientes intereses, así como cuantos daños y perjuicios pudiera haber ocasionado el contrato de compraventa;

b) Dirigirse directa y únicamente frente al garante (aseguradora avalista) a través del juicio ejecutivo y exigir la

devolución de las cantidades anticipadas más los correspondientes intereses.

Esta opción sólo parece viable en caso de resultar de aplicación la Ley 57/1968, de 27 de julio, puesto que, el carácter ejecutivo que se reconocía en el anterior texto legal no se reproduce la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio). Por tanto, en la ausencia de reconocimiento expreso de efecto ejecutivo al aval o seguro otorgados al amparo de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) la única opción que tiene el adquirente que se enfrente a un incumplimiento de sus obligaciones principales por parte del promotor-vendedor es acudir a la vía declarativa instando la rescisión (resolución del contrato) o en su caso, conceder una prórroga al promotor-vendedor.

c) El adquirente también podrá dirigirse directamente frente a las entidades garantes para que den cumplimiento voluntario a la obligación solidaria (la obligación asumida por los garantes de devolver las cantidades anticipadas junto con los correspondientes intereses legales es solidaria con la obligación del promotor-vendedor) y si las entidades garantes se negaran al cumplimiento de la obligación garantizada el comprador podría instar el correspondiente juicio declarativo solicitando el cumplimiento de esta obligación garantizada solidariamente por la entidad avalista o compañía aseguradora;

d) El comprador puede también exigir el cumplimiento *in natura* del contrato de compraventa y ello aun cuando haya transcurrido el término fijado en el contrato para la entrega de la vivienda. Así mediante el correspondiente procedimiento declarativo contra el promotor-vendedor el adquirente podrá exigir el cumplimiento exacto del contrato de compraventa y la consiguiente entrega de la vivienda, y

e) El comprador-garantizado puede conceder de modo expreso una prórroga al promotor vendedor para la terminación de la construcción y la entrega de la vivienda.

XXIII

En cuanto a las consecuencias que puede tener la concesión de prórroga por parte del adquirente respecto del promotor-vendedor para el cumplimiento del contrato de compraventa, véase en primer término que, tal y como se exige tanto por la Ley 57/1968, de 27 de julio (art. 3) como por la DA1ª LOE (redacción dada conforme a la Ley 20/2015, de 14 de julio) apartado Cuarto, la concesión de prórroga se debe hacer constar de manera expresa por parte del adquirente.

Evidentemente, una vez concedida dicha prórroga el comprador no podrá exigir la entrega de la vivienda antes de su transcurso.

El comprador garantizado deberá intentar que la concesión de la prórroga para la terminación de las obras o la entrega de la vivienda cuente con el consentimiento de las entidades aseguradoras. Puede parecer complicado que el comprador garantizado que pretenda conceder una prórroga al promotor-vendedor obtenga un consentimiento a la prórroga por parte de la entidad garante, aunque no podemos perder de vista que el comprador garantizado tiene a su favor que, en caso de que el plazo de entrega de la vivienda contractualmente convenido hubiere concluido, el comprador garantizado podría dirigirse directamente contra dichas entidades garantes por medio del juicio ejecutivo (sólo en caso de que resulte de aplicación la Ley 57/1968, de 27 de julio). Así pues la entidad garante debe sopesar si le compensa prestar su consentimiento a la prórroga o bien enfrentarse al juicio ejecutivo.

No se puede considerar como una concesión de prórroga del comprador garantizado el supuesto de que, vencido el plazo en que debía ser entregada la vivienda, el comprador meramente tolere el retraso sin interponer ninguna acción judicial durante un tiempo prudencial, pero sin conceder expresamente la prórroga al promotor-vendedor para la entrega de la vivienda.

Las garantías se cancelarán una vez *«...expedida la cédula de habitabilidad por la delegación Provincial del Ministerio de Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de las viviendas al comprador»*, tal y como establece el artículo 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio. Dicho precepto es una norma imperativa, establecida en beneficio de los consumidores, que son terceros en la relación entre la entidad de crédito avalista o la compañía aseguradora y el promotor-vendedor.

La DA 1ª de la LOE (conforme redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), en su apartado Cinco “Cancelación de la garantía”, establece que: *«expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten 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 si el adquirente rebusara recibir la vivienda»*.

XXV

En cuanto al momento de cancelación de la cuenta especial, no existe ningún precepto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, que contemple de manera expresa el momento en que se llevará a cabo la cancelación de la cuenta especial. Ahora bien, el artículo 4 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, hace referencia al momento en el que

pueden ser canceladas las garantías en los siguientes términos: *«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».*

Parece razonable defender que la cuenta especial abierta exclusivamente para el ingreso de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores también deba cancelarse cuando las viviendas adquiridas sean entregadas a los compradores (una vez expedida por la autoridad administrativa correspondiente la pertinente cédula de habitabilidad o licencia de ocupación).

Entendemos que promotor-vendedor, aunque sea el único titular de la cuenta especial, no podrá cancelar dicha cuenta mientras la promoción no haya finalizado satisfactoriamente por los derechos de los compradores cuyos intereses fueron garantizados por el legislador exigiendo la apertura de la cuenta especial.

Por su parte, el apartado Cinco de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) hace mención expresa a la Cancelación de la garantía, en los siguientes términos: *«Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten 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 si el adquirente rebusara recibir la vivienda». Así, resulta lógico que en tanto las garantías no puedan ser canceladas tampoco la cuenta especial podrá ser cancelada.

XXVI

El incumplimiento por parte del comprador de las obligaciones establecidas por la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), se podrá sancionar administrativamente, en aplicación de la normativa de protección de los consumidores y usuarios, o bien aplicando la normativa específica de vivienda dictada por las respectivas Comunidades Autónomas, por lo que se refiere a la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Por su parte, la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) establece en su artículo Siete. “Infracciones y sanciones”.

1) El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el apartado uno.1 de esta disposición dará lugar a una sanción de hasta el 25 por 100 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 lo anterior, se impondrán al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación».

2) Inicialmente (en aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio) también sería posible apreciar la concurrencia de un tipo penal (el promotor-vendedor podría ser condenado por un delito de apropiación indebida o estafa). Recordemos que siendo que el art. 6 de la referida ley fue derogado por la fue derogado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, si bien en la práctica, tanto Doctrina como Jurisprudencia aplican tipos generales de estafa y apropiación indebida a incumplimientos de la Ley 57/1968, de 27 de julio, susceptibles de sanción penal.

Por su parte, la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) no hace previsión alguna respecto de las consecuencias penales de la infracción de las obligaciones impuestas al promotor-vendedor en aplicación de la regulación contenida en dicha la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio).

Lo anterior resulta consecuente con la línea marcada por la anterior regulación (contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio) máxime cuando la previsión que se hacía en la misma en cuanto a consecuencias penales de la infracción de las obligaciones contenidas en la misma (art. 6 Ley 57/1968, de 27 de julio) fue derogado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre.

De otra parte, entendemos que (al igual que ha venido siendo de aplicación durante la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio) nada obsta para que los tipos generales de estafa y apropiación indebida previstos en el Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) sean aplicados durante la vigencia de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio)

3) La tercera consecuencia que puede tener el incumplimiento de las obligaciones establecidas tanto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio), puede ser de índole civil en relación con el contrato de compraventa de vivienda que ha celebrado con el comprador que anticipó las cantidades.

Tal y como se prevé en los dos cuerpos legales, que regulan las garantías de cantidades entregadas a cuenta en la compra de vivienda, desde un punto de vista civil, la consecuencia del incumplimiento de la entrega de la vivienda comprometida en

tiempo y forma por parte del promotor-vendedor al adquirente, depende de la voluntad del este último, de:

a) Conceder una prórroga al promotor-vendedor; así será posible obtener la devolución de las cantidades anticipadas sin necesidad de resolver el contrato principal;

b) La rescisión del contrato (aunque la redacción de los dos cuerpos legales referidos hablan específicamente de rescisión, en la práctica los tribunales hablan siempre de resolución).

c) Bajo la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio, se podría optar por acudir a la vía ejecutiva frente a la aseguradora o avalista.

d) Por último, véase que existen situaciones excepcionales en las que se produce la declaración de concurso de la empresa promotora (lo que nos obliga a realizar un planteamiento de las opciones que tienen los compradores que han realizado anticipos a cuenta para la compra de viviendas, para recuperar, en su caso, el dinero adelantado).

XXVII

En cuanto a las causas legales de resolución del contrato de compraventa conforme la ley 57/1968, de 27 de julio, y DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) el ejercicio de la acción resolutoria ex art. 3 Ley 57/1968, de 27 de

julio, se basa en datos objetivos: por una parte, la entrega por parte del comprador de las cantidades anticipadas pactadas contractualmente; por otra, la expiración del plazo convenido de entrega sin que ésta se haya realizado por el promotor.

Son muchos y variados, como veremos, los incumplimientos en que puede incurrir el promotor-vendedor, si bien adviértase que la Ley 57/1968, de 27 de julio, únicamente exige garantías para la devolución del dinero entregado anticipadamente respecto de los incumplimientos consistentes en la falta de inicio o terminación de las obras dentro del plazo establecido en el contrato o en la falta de obtención de la cédula de habitabilidad.

Véase que la Disposición Adicional 1ª de la LOE, en su redacción original decía: *«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 lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas».*

Sin embargo, tal y como apuntan muchos autores, la intención del legislador de la LOE no era la de ampliar el ámbito de incumplimientos del promotor respecto de los que imperativamente se deba garantizar la devolución de las cantidades entregadas anticipadas anticipadamente por los compradores.

Así pues, tras la promulgación de la LOE debe continuar entendiéndose que únicamente está garantizado la devolución de

las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores ante los incumplimientos del promotor relativos al no inicio o no terminación de las obras en plazo y no obtención de la cédula de habitabilidad.

Por lo tanto, la obligación garantizada por el seguro o aval bancario es la devolución de las cantidades entregadas por el comprador para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. Este objeto de incumplimiento es predicable tanto de la regulación contenida en la Ley 57/1968, de 27 de julio, como en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio)

Destacamos la Sentencia del T. Supremo nº 440/12 de 28 de junio, que establece que el art. 1124 del Cód. Civil debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de una de las partes en los contratos con obligaciones recíprocas que posibilita la resolución del contrato ha de ser grave o sustancial, lo que no significa una resistencia extraordinaria al cumplimiento de la presentación, sino que es suficiente con que la conducta de quien incumple genere en la contraparte cumplidora de sus obligaciones la frustración del fin del contrato, es decir, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte. El T. Supremo en esta Sentencia nº 440/12 de 28 de junio sienta como conclusión que para que el retraso del comprador o del vendedor en el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones pueda considerarse

como supuesto de incumplimiento resolutorio se requiere que sea de tal entidad, grave y esencial, como para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo.

Por su parte, la Jurisprudencia ha establecido que existen dos incumplimientos más por parte del promotor, cuya gravedad lo convierten en incumplimientos esenciales y por tanto susceptibles de provocar la resolución del contrato: la falta de otorgamiento de aval o seguro a los efectos de garantizar la eventual devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes y la no apertura de cuenta especial.

La doctrina jurisprudencial más reciente configura esta obligación de prestación de garantía así como de la apertura de cuenta especial como esencial, respecto de la resolución contractual. Como ya hemos indicado, el Tribunal Supremo ha sentado la doctrina de que la omisión del aval o garantía, así como del depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial y tiene como consecuencia jurídica la resolución del contrato. STS de 05/02/2013 (RJ 2013\1995): «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 (...).

XXVIII

Íntimamente ligado al retraso surge la necesidad de entender que la entrega de la vivienda y el concepto mismo de vivienda va unido a la obtención de la licencia de primera ocupación, o cedula de habitabilidad, documento administrativo que acredita que esa concreta construcción dispone de los servicios y condiciones mínimos que la hacen habitable, o lo que es lo mismo, que tiene la consideración física y jurídica de vivienda habitable.

En cuanto a la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación (bajo la vigencia de la Ley 57/1968, de 27 de julio) respecto de contratos de compraventa de inmuebles en construcción en los que las partes no pactaron expresamente su carácter esencial, en las sentencias dictadas por nuestros tribunales se reitera la jurisprudencia consolidada según la cual tiene carácter resolutorio todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa.

Y ello por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (artículo 1258 CC), la falta de

cumplimiento de este deber no solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, sino también, en su defecto, "en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente", correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

Por su parte, en la redacción de la materia incluida en la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) esta causa de resolución ya será posible, por cuanto en virtud del referido cuerpo legal, para que sea exigible al promotor otorgar las correspondientes garantías (esto es aval o seguro) para asegurar la eventual devolución de las cantidades anticipadas por el adquirente, se debe haber otorgado la licencia de edificación Ver artículo 1 a) de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) que dice: « a) *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».

Por lo tanto, en caso de que no se haya concedido la oportuna licencia de edificación parece razonable que no habrá nacido la responsabilidad del promotor en cuanto al otorgamiento de las garantías previstas en la regulación de protección de adquirentes que realizan entregas a cuenta para la compra de viviendas (en concreto en aplicación de la DA 1ª de la LOE (según redacción dada por la Ley 20/2015, de 14 de julio) artículo 1 a).

XXIX

Por último hemos analizado el supuesto de declaración de concurso de la promotora. La declaración de concurso de la empresa promotora-vendedora produce necesariamente efecto respecto de las posibilidades procesales del comprador respecto de la posibilidad de instar la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de la empresa vendedora.

La cuestión no es pacífica en la doctrina, siguiendo los artículos 61 y 62 LC, pueden distinguirse cuatro hipótesis diferentes en la situación jurídica del comprador ante el concurso de la promotora. A saber:

Cuando con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso o bien la promotora o el comprador han cumplido íntegramente sus obligaciones.

En tal caso, si el que cumplió fue la promotora, esta tendrá contra el comprador un crédito dinerario para exigirle la totalidad del precio que se integrará en la masa activa del concurso.

En caso de que el cumplió fue el comprador, este tendrá un crédito concursal ordinario a la entrega de la vivienda (crédito no dinerario) que a los solos efectos de la cuantificación del pasivo (art. 88.1 y 3 LC) deberá ser computado en dinero.

2) En caso de que a la fecha de declaración del concurso el comprador ya hubiera incumplido el contrato, el crédito pecuniario a la entrega del precio se integrará en la masa activa del concurso.

En caso de que el incumplimiento anterior hubiera sido del promotor, el comprador no podrá instar la resolución del contrato de compraventa, puesto que en los contratos de tracto único la facultad de resolución del contratante *in bonis* queda limitada, y únicamente puede ejercitarse frente a incumplimientos posteriores a la fecha de la declaración del concurso. De este modo, a menos que el comprador a fecha de declaración del concurso ya hubiera ejercitado una acción de resolución (en cuyo caso podría aplicarse el artículo 51 LC) o bien hubiera resuelto extrajudicialmente el contrato por incumplimiento previo del promotor, no podrá instar la resolución y su crédito (que continúa siendo a la entrega de la vivienda y, por tanto, no dinerario) será un crédito concursal ordinario que deberá incluirse en la lista de acreedores.

3) En el supuesto de que a la fecha de la declaración del concurso ninguna de las partes hubiera cumplido íntegramente o incumplido sus obligaciones, el contrato de compraventa continuará desplegando sus efectos. En tal caso, el comprador estará obligado a continuar cumpliendo sus obligaciones de pago con arreglo al programa obligacional establecido en el contrato y el promotor estará obligado a construir la vivienda con cargo a la masa.

En este caso el promotor no podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones del comprador si a su vez no está cumpliendo las suyas (*exceptio non adimpleti contractus*).

En esta situación, y pese a no haber incumplimiento de ninguna de las partes, el artículo 61.2 II LC permite a la concursada o a la administración concursal solicitar la resolución del contrato de compraventa si lo estiman de interés para el concurso.

4) En el supuesto de que el promotor concursado incumpla tras la fecha de la declaración del concurso sus obligaciones de finalizar y entregar en plazo las viviendas (y ello a pesar de que el artículo 61.2 LC señala que debe cumplir con cargo a la masa sus obligaciones derivadas de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento para ambas partes). En estos casos el artículo 62 LC señala que el comprador podrá instar la resolución del contrato de compraventa. Esta acción resolutoria se deberá

interponer a ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal.

BIBLIOGRAFIA

MANUALES, MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS JURÍDICOS CONSULTADOS

SUMARIO:

I. MANUALES Y MONOGRAFÍAS. II. ARTÍCULOS JURÍDICOS CONSULTADOS. III. TESIS DOCTORALES Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN CONSULTADOS. IV. DIRECCIONES DE INTERNET CONSULTADAS.

I. MANUALES Y MONOGRAFÍAS CONSULTADOS

• AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Ed. Cicu, Messineo, Mengoni, Vol. XIV, t. II, Milán, 1989.

• AA.VV., *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire*, Padova, 2005.

• ALBALADEJO GARCÍA, M., “Derecho de Obligaciones”, en *Derecho Civil*, T. II, Ed. Edisofer, Barcelona, 1997.

• ALONSO PÉREZ, M^a. T., *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda a través del laberinto normativo, estatal y autonómico, en materia de vivienda y de consumo*, Civitas, Navarra, 2011.

• ANGELICI-VELLETTI, “Prime osservazioni sulla nuova normativa in tema di multiproprietà”, in *Consiglio nazionale del notariato*, Studi e materiali, 6, Milano, 2001

• AUBY, J. B., y PERINET MARQUET, H., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Coll. Domat, droit public/droit privé, 7^e Ed., 2004.

• BANDO CASADO, H. C., *La publicidad y la protección jurídica de los consumidores y usuarios*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1991.

•BARRÉS BENLLOCH, M.P., Seguro de caución: ¿garantía personal o modalidad aseguradora?, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

•BARRET, O., “voz. Vente (effets)”, Encyclopédie Dalloz, 2007.

•BAÑÓ ARACIL, J., “Reflexiones en torno a la cuenta corriente bancaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en CUÑAT EDO, V., y BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., (Dir.), *Estudios sobre jurisprudencia bancaria*, 2ª ed., Pamplona, 2002.

•BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y otros, “Garantías del contrato de compraventa”, en *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

•BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

•BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., MORALEJO IMBERNÓN, N.I. Y QUICIOS MOLINA, M.S. (Dir.), “Compraventa de bienes inmuebles. Forma y perfección. Interpretación”, en *Contratos con finalidad traslativa de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

•BLANCA, M., PATTI, G. Y PATTI, S., *Lessico di Diritto Civile*, 2ª Edición, Giuffré Editore, Milán, 1995.

•BLASCO GASCÓ, F. P., “La formación del contrato. Los tratos preliminares y la responsabilidad precontractual”, en Derecho de obligaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

•BONARDELL LENZANO, R., *Régimen de los contratos sinalagmáticos en el concurso*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

•BROSETA PONT, M., Y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

•CABANILLAS SANCHEZ, A, “La evolución de las responsabilidades en la construcción” en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 1, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

— “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

•CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993

— *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994.

•CADARSO PALAU, J., “Riesgo y responsabilidad en el contrato de obra según el Proyecto de Ley 121/000043, 1994, de

modificación del Código Civil”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J., (Coord.), *Contrato de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y obra*, Jaén, 1996.

- CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, París, 1992.

- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2ª Ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

- *Régimen Jurídico de la edificación*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

- *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7ª Edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2012.

- CHIANALE, A., *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Giappichelli, Torino, 1998.

- CICERON, M. T., *De Officiis*, Christopher Froschouer, 1560.

- CLEMENTE MEORO, M.E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- CONTIJOCH PRATDESABA, R., *La compraventa de inmuebles*, Barcelona, 1996.

• DE CASTRO GARCÍA, J., *Contestaciones de derecho civil al programa de judicatura*, 3ª Ed., Colex, Madrid, 2000.

• DE LA SERNA BILBAO, M^a. N., *Manual de Derecho de la edificación. Instituciones básicas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

• DE LEÓN ARCE, A., “Contratos de adquisición de derechos sobre viviendas”, en DE LEÓN ARCE, A. (Dir.), *Derecho de los consumidores y usuarios*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— DE LEÓN ARCE, A., “El contrato de adquisición de la propiedad de la vivienda. Introducción y normativa aplicable”, en *Derechos de los Consumidores y Usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2007

• DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *Derecho Civil II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

• DESSEMONTET, F. AND ANSAY, T., *Introduction to swiss law*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

• DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción a la Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, 6ª Ed., ed. Civitas, 6ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

•DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, A. M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

•DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistemas de Derecho Civil II*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

•DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T.I, 6ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2012.

•DOMÉNECH GARRET, C., “Concepto de precontrato” en *Vademécum de Derecho Civil y Procesal Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

•DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de viviendas en construcción*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

•EICHLER, H., *Institutionen des Schenrechts*, Duncker&Humblot, Berlín, 1960.

•ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la información*, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

•ESTRUCH ESTRCH, J., *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

— “La tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de vivienda en construcción frente a la crisis de la empresa promotora” en AA.VV. ABIANI, NICCOLO; EMBID IRUJO, J.M. (Dir.), y FERRANDO VILLALBA, M.^aL., MARTÍ MOYA, V. (Coord.), *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, Ed. Comares, Granada.

— ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas en construcción*, Thomson, Navarra, 2009.

• FERRANDO VILLALBA, M.L., “Los contratos bancarios: aspectos generales. Su estipulación, modificación y extinción. Especial referencia a la subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios”, en ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), *Contratación y servicio financiero*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— “El contrato de cuenta corriente”, en ORDUÑA MORENO, J., TOMILLO URBINA, J.L. Y CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. (Dir.), *Contratación bancaria: doctrina, jurisprudencia y formularios*, T. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

• GABRIELLI, G., *Il rapporto Giuridico preparatorio*, Ed. Giuffrè, Milano, 1975.

• GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en

Andalucía”, en Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 10/2006, BIB 2006/873.

•GARCÍA ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de pre horizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, en RCDI, 1982.

•GARCÍA VICENTE, J.R., “Seguros de caución o avales por cantidades percibidas a cuenta y concurso del promotor”, en GARCÍA-CRUCES, J.A., (Dir.), *Crisis inmobiliaria y Derecho concursal*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009

•GHESTIN, J. Y DESCHÈ, B., *Traité des contrats. La vente*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1990.

•GÓMEZ LA PLAZA, C., “Artículo 1262”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.XVII, Vol. 1º-b, Ed. Edersa, Madrid, 1993

•GÓMEZ PERALS, M., *Responsabilidad del promotor por daños en la edificación*, Dykinson, Madrid, 2004.

•GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Cívitas, Madrid, 2000.

•LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones vol. 2º”, en *Teoría General del contrato*, Bosch, Barcelona, 1987.

•LOBATO GÓMEZ, J., M., *Responsabilidad del promotor inmobiliario por vicios de la construcción*, Tecnos, Madrid, 1994.

•LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “Comentario al artículo 1454”, en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid 1993

•LÓPEZ RICHART, J., *Responsabilidad personal e individualizada y responsabilidad solidaria en la ley de ordenación de la edificación*, Madrid, Dykinson, 1997.

•LUZÓN CUESTA, J. M., *Fraudes inmobiliarios*, Ed. Colex, Madrid, 1992.

•MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Protección de la edificación y protección del consumidor: Ley catalana 24/1991, de 29 de noviembre, sobre vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 6, mayo-agosto, 1995.

•MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M^a T., *La figura del promotor en la LOE*, Pamplona, 2002.

•MARTÍN GARCÍA, M.L., *La publicidad. Su incidencia en la contratación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002

•MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., “La responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código Civil. Referencia a los años noventa”, en AC, 1993.

• MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J. Y CHABAS, F., *Leçons de Droit Civil. Principaux contrats. Vente et échange*, 7ª Edición, a cargo de Juglars, M., Éditions Montchrestien, París, 1987.

• MAZÚ, C, *Note critiche sulle riforme in tema di vendita immobiliare*, Giappichelli, Torino, 2008.

• MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998

• MENGONI, L., *La risolubilita della vendita di cosa altrui*, Riv. Dir. Comm., 1949.

• MONTSERRAT VALERO, A., *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2008.

• MONTÉS PENADÉS, V.L., “Las garantías del crédito” en LÓPEZ LÓPEZ, A.; MONTÉS PENADÉS, V.L. Y ROCA TRIAS, E., en *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

• MORENO QUESADA, B., *La oferta de contrato*, Nereo, Barcelona, 1963.

• PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1985.

— *Compendio de Derecho Civil*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1987.

• ORDUÑA MORENO, F.J., Y DE LA PUENTE ALFARO, F., (Codirectores), MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (Coordinadora), *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Registradores de la Propiedad, Thomson Reuters, 1ª ED., Navarra, 2009.

—“El aval en garantía, Ley 57/1968, y su configuración contractual, imbricación y desarrollo interpretativo. Aplicación sistemática y práctica de la doctrina”, en VARIOS, *Jurisprudencia civil y mercantil del Tribunal Supremo, Seleccionada y comentada año judicial 2012-2013*, Ed. Civitas, 2014.

—“La licencia de primera ocupación y su configuración contractual. Imbricación y desarrollo interpretativo. Aplicación sistemática y práctica de la doctrina”,

• PACHECO JIMÉNEZ, M.N., *Los seguros en el proceso de edificación*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

• PASCUAL LIAÑO, M., (Dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada*, T. II, Comares, Granada, 2000

• PATTI, S. Y CUBEDDU, MG., *Kaufvertragsrecht in Italien*, Ed. Dr. Otto Schmidt KG, Alemania, 1992.

- ROCA SASTRE, R., “Obligaciones y contratos” en *Estudios de Derecho Privado I*, Madrid, 1948.
- SACCO, R. (Coord.), *Tratto di Diritto Civile diretto*, Torino, 2001, página 228.
- SANTOS BRIZ, J., *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Ed. Comares, Granada, 1992.
- SCHLESINGER, P. (Dir.), *Il Codice civile – Commentario*, Milán: Giuffrè, 1993.
- SCHLESINGER, R.B., *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Vol. I, Stevens & Sons, London, 1968.
- SERRANO CHAMORRO, M. E., *Cambio de solar por edificación futura*, Aranzadi, Pamplona, 2002, página 49.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M., *Derecho Público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- TRABUCCHI, A., *Instituzioni di diritto civile*, 36ª Edición, Cedam, Padua, 1995
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al artículo 62 LC”, en CORDÓN MORENO, F., (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*. Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004

- WESTPHALEN, F. (Coord.), *Handbuch des Kaufvertragsrechts in den EG-Staaten*, Verlag, Dr. Otto Schmidt, Köln, 1992.

II ARTÍCULOS JURÍDICOS CONSULTADAS

• AGUIRRE ZAMORANO, P. J., *La compraventa: Ley de Garantías*, (Dir. AGUIRRE ZAMORANO, P. J.), Cuadernos de Derecho Judicial XI-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

• ALDAMUNDE MIRANDA, A., “La adquisición de vivienda” en *Derecho y empresa*, tercer Trimestre 2005, Iberforo, Madrid, 2005.

• ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, I. y GÓMEZ DE LA SERNA, R., “El seguro en la construcción: un breve estudio de sobre los seguros obligatorios”, Ed. Aranzadi, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 760/2008.

• ÁLVAREZ-CIENFUEGOS GARCÍA, M.J., “El adquirente de vivienda ante el concurso de acreedores de la promotora” en *Diario La Ley*, núm., 7187, 2 de junio de 2009

• AÑÓN CALVETE, J., “Características de la garantía de la Ley 57/1968. Especial referencia a la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 218/2014, de 7 de mayo”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 53, enero de 2015.

•BENAVENTE SEGORB, R.J., en su estudio, “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para la devolución de las cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, en *Revista General de Derecho*, año LIV, núm. 651, diciembre de 1998.

•CABANILLAS SANCHEZ, A., “La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos (comentario a las sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo 1991)”, en *ADC*, 1982.

•CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción de la vivienda”, en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 6, Mayo - Agosto, 1995.

•CAMACHO DE LOS RÍOS, “Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997”, *CCJC*, núm. 46/1998, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

•CARLEO, R., “La compraventa de inmuebles “sobre planos”: la tutela del adquirente en la legislación italiana”, en *Revista jurídica del Notariado*, núm. 83, julio – septiembre, 2012.

•CARRASCO PERERA, A., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, 2ª, Ed., Aranzadi, Pamplona, 2001.

—“Comentario al artículo 1851”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANOR., (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Ed. Edersa, Pamplona, 2001

•CASADO PÉREZ, J. M^a., “La responsabilidad Jurídica en el ámbito de la edificación”, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coordinado por Arcadi Viñas, Estudios de derecho judicial, N^o. 47, 2003, 245-300.

•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”, en *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.

•CILENTO, A., “L'acquisto di immobili in costruzione tra rischio económico e tutela della persona”, en *Quaderni della rivista di diritto civile*, dirigida por P. PERLINGIERI, Napoli, 2010.

•CORDERO LOBATO, E., “Comentario a las STS de 3 de octubre de 1996”, en *CCJC*, número 43, 1997.

•D'ARRIGO, C. M., “La tutela contrattuale degli acquirente di immobili da costruire”, en *Riv. Not.*, 911, 2006

•DE LA CAMARA ALVAREZ, con colaboración de GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT, “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana”, en *Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975.

•DE LA SERNA BILBAO, M^a N., “Presentación de la Ley de la Edificación”, en *La Ley-Actualidad*, núm. 10, noviembre 1999.

•DÍAZ-AGUADO JALÓN, C., “Compromiso de intenciones”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, septiembre-diciembre, 1998.

•DOMÍNGUEZ ROMERO, J., “Redescubriendo la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, en *La Toga: Revista on line del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla*, nº 174, mayo/julio, 2009.

•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, 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 Autores: Jesús Estruch Estruch Localización: Revista Aranzadi de derecho patrimonial, ISSN 1139-7179, N° 23, 2009, págs. 157-168 Idioma: español

•ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “Crisis de constructores e inmobiliarias y protección de los compradores”, RDCE, núm. 12, 2010

•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”, en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 23

•GARCÍA ARANGO y DÍAZ-SAAVEDRA, C., “La situación de pre horizontalidad y la protección jurídica de los adquirentes de pisos en construcción”, RCDI, 1982.

•GARCÍA INDA, A., “Régimen jurídico de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas”, Cuadernos de derecho público, núm. 12, Ministerio de las Administraciones Públicas, 2001.

- GARCÍA MEDINA, J., “Cantidades entregadas a cuenta del precio de viviendas no construidas. Sistema de protección en Andalucía”, en Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 10/2006.

- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, JL. «La defensa del consumidor adquirente de inmuebles en el derecho español y en el comunitario». Núm. Vol.: 21/ 1993. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial. El contrato de compraventa.

- GÓMEZ DE LA CALLE, E., “La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal”, ADC, número 45, 1992.

- GONZÁLEZ TAUSZ, R., “El nuevo régimen jurídico del promotor inmobiliario tras la Ley de Ordenación de la Edificación” en Revista crítica de derecho inmobiliario, Núm. 661, septiembre – octubre 2000.

- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., “El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas y la posible ejecución de pólizas colectivas”, en Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro, abril 2011.

- MAGRO SERVET, V., “Interpretación de lo dispuesto en el art. 3,2 Ley 57/1968 de 27 julio en relación con el art. 517,2.9º LEC. ¿Se puede acudir a la vía ejecutiva en el supuesto de no inicio

o conclusión de unas obras de viviendas garantizadas por contrato de seguro o aval con estos documentos?”, en *El Derecho Editores/Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, nº 45, 2008.

• 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”, en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 27, Primer Trimestre Año 2011.

• MARÍN LÓPEZ. J. J., “Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998, CCJC, 1999, núm., 50.

• MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “La responsabilidad decenal del artículo 1591 CC: breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa”, *Aranzadi Civil*, 1993.

• MENÉNDEZ MATO, J. C., “Comentario a la STS de 24 de Julio de 1998 precontrato”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 49, enero-marzo, 1999.

• MONDÉJAR PEÑA, M. I., “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas”, *RJUAM*, nº 16, 2007-II

•MOTSERRAT VALERO, A., “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre contratos bilaterales”, ADCo, núm. 14, 2008

•MUÑOZ DE DIOS, G., “El fraude de la compraventa de viviendas futuras y posibles soluciones preventivas”, RDP, 1981.

•PRATS ALBENTOSA, L., “Ley de ordenación de la edificación: disposiciones generales y exigencias de la edificación”, en RDP, núm. 4, 2000.

•OLIVER RUBIO, F., “Delitos relacionados con la promoción y construcción de viviendas: en especial, el delito de estafa”, Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho.

•OROZCO PARRDO, G., “Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios”, en Aranzadi Civil núm. 10/2002, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002.

•PÉREZ CALVO, I., “El seguro de caución de la Ley 57/1968 y el incumplimiento contractual”, en Revista de responsabilidad civil y seguro, Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Cuarto Trimestre año 2014, nº 52.

•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)», AC núm. 6/2005.

•REGLERO CAMPOS, F., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2004”, en CCJC, núm. 67, enero-abril 2005.

•SANCHEZ PAREDES, M^a.L., “Los contratos bilaterales pendientes en el concurso”, RDCP, núm. 18, 2009

•SANZ ACOSTA, L., “Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda futura. (A propósito se la STS de 7 mayo 2014)”, en Actualidad Civil, Número 10, Octubre 2014.

•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.

•TIRADO 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 prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, coord. MORENO CATENA, Madrid, 1988.

•VARIOS, “Breve historia del cooperativismo de Viviendas en España I”, en *Revista de la Confederación de Cooperativas*, núm. 36, IV Etapa, septiembre/octubre de 1997.

•VIDA CARRIÓN, C., “Aspectos jurídicos del contrato de compraventa sobre plano y efectos del incumplimiento por parte del vendedor”, *Boletín de Legislación* núm. 454, Madrid, 2006.

•WIFACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción Fernández Jardón, F., Aguilar, Madrid, 1957

•XIOL RÍOS, J.A., (Dir.), “Compraventa de bienes inmuebles. licencia de primera ocupación. aplicabilidad de cláusula rebus sic stantibus”, en *Encuentro Sala Primera del Tribunal Supremo con Magistrados de Audiencias Provinciales*, Madrid 13-15 de marzo de 2013.

III. TESIS DOCTORALES Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN CONSULTADOS

•CHIANALE, A., *Obbligazione di dar e trasferimento della proprietà*, Tesis Doctoral, Universidad de Catania Facultad de Jurisprudencia, *pro manuscripto*, 2010-2011, Tutor: Chiar.mo Prof. C. Turco.

•GUILLÉN CATALÁN, R., en su Tesis Doctoral, *pro manuscripto*, *El régimen jurídico de la oferta contractual: desarrollo y perspectivas actuales de análisis*, Dirigida por Prof. Dr. Fco. Javier Orduña Moreno, Facultad de Derecho de Valencia, 2008.

•MARTÍNEZ CATALÁ, R., *El contrato de cesión de solar por obra*, Trabajo de Investigación, *pro manuscripto*, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Valencia, 2009, Director: ORDUÑA MORENO, J.

•MILÀ RAFEL, R., *Promoción de viviendas para uso propio: obligaciones y responsabilidades en derecho de la edificación*, Tesis Doctoral, *pro manuscripto*, Universitat Pompeu Fabra, Director: SALVADOR CODERCH, P., 2012.

•PARRA TORRES, V., *La Protección del Consumidor en el Contrato de Compraventa de Vivienda en Construcción*, Tesis doctoral, *pro manuscripto*, Departamento de Derecho Civil Universidad de Murcia, directora: Dña. Encarna Serna. Meroño, 2014.

IV. DIRECCIONES WEB CONSULTADAS

- www.conafovi.gob.mx/suelo/Principios_registrales_Derecho_Comparado.pdf
- Study Group on a European Civil Code:
<http://www.sgecc.net/pages/en/introduction/index.introduction.htm>
- CONSAP (Concessionaria Servizi Assecurativi Pubblici, S.P.A):
www.consap.it/
- La Academia de Ley Europea de Tréveris:
http://www.era.int/web/en/html/nodes_main/4_1649_459/4_1087_507.htm
- Grupo Acquis centrado en la protección del consumidor y en el derecho contractual europeo: <http://www.acquis-group.org/>
- Grupo de Trento: <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/>
- http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_gods/1980CISG_status.html
- www.online.elderecho.com
- <http://www.tirantonline.com>

BIBLIOGRAFIA

- www.aranzadidigital.es/
- www.asociacionabogadosrcs.org
- CLEMENTE MEORO, M., “Sobre la posible alegación de la resolución del contrato por vía de excepción”, leído www.uv.es/revdret/archivo/num1/pdf/mario.pdf
- www.dalloz.fr.

ANEXO

I. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL POR MATERIAS.

AVAL BANCARIO

- SAP de Ávila de 10 de diciembre de 2002 -Roj: SAP AV 389/2002-
- STS de 7 mayo de 2014 -RJ 2014\3126-
- STS de 15 de julio de 2005 -RJ 2005\9624

CANTIDADES CUYA EVENTUAL DEVOLUCIÓN PREVÉ LA LEY 57/1968 Y LA DA1ª LOE (REDACCIÓN CONFORME LEY 20/2015)

- STS de 22 de septiembre de 1997 -RJ 1997, 6410-
- STS de 30 de diciembre de 1998 -RJ 1998, 9983-
- STS de 8 de marzo de 2001 -RJ 2001, 2731-

CONCEPTO DE VIVIENDA

- SAP de Madrid de 16 de enero de 2008 -JUR 2008\115764-
- SAP de Madrid de 27 de febrero de 2008 -2008/896-
- SAP de Madrid de 9 de abril 2008 - JUR 2008/189038 –

- STS de 16 de febrero de 1998 - Roj: STS 1003/1998

CONTRATO DE ADQUISICIÓN DE CUOTAS INDIVISAS DE UN EDIFICIO.

- 7 de junio de 1983 Roj: STS 1359/1983-

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN Y COMPRAVENTA DE VIVIENDAS SOBRE PLANO

- STS de 26 mayo 1994 - Roj: STS 4085/1994-

CONSECUENCIAS JURÍDICO CIVILES DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY 57/1968

- STS de 15 junio 1994, -RJ 1993\4836-
- STS de 30 marzo 1992, -RJ 1992\2308-
- 5-11-1982 (RJ 1982\6528)
- 8-7-1983 (RJ 1983\4203)
- 19-11-1984 (RJ 1984\5565)
- 6-10-1986 (RJ 1986\5239)
- 1-6-1987 (RJ 1987\4021)
- 14-6-1988 (RJ 1988\4875)
- 28-2-1989 (RJ 1989\1409)
- 12 marzo y 4 abril 1990 (RJ 1990\1690, RJ 1990\2694)

CONSECUENCIAS JURÍDICO PENALES DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY 57/1968

- STS de la Sala de lo Penal, de 29 de abril de 2008 (RJ 2008,2184)

CONTRATO DE OPCIÓN

- STS de 14 de febrero de 1995 -Roj: STS 10234/1995-

COOPERATIVAS DE VIVIENDAS

- STS de 20 de febrero de 1989 - Roj: STS 9117/1989-
- STS 8 de junio de 1992 - Roj: STS 4574/1992 –
- STS de 6 de marzo de 1990 - Roj: STS 13357/1990 -
- STS de 2 de diciembre de 1994 - Roj: STS 7860/1994-
- STS de 3 de octubre de 1996 - Roj: STS 5242/1996-
- Auto TS de 23 septiembre 2015 -JUR 2015\230435-.

CUENTA ESPECIAL

- STS 7 de junio 1983 - RJ 1983,3450-
- STS 22 de octubre 1985 -RJ 1985,4961-
- STS 23 marzo 1990 -RJ 1990, 1720-
- STS 22 septiembre 1997 -RJ 1997, 6410-
- SAP Valencia, 17 abril 1998 -AC 1998, 4642-
- Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de marzo de 2000 –AC 2000, 4890-

- STS 25/10/2011 -RJ 2012\433-
- STS de 25 de junio de 2013, -JUR 2013\253612
- STS de 30 de abril de 2015 -Roj: STS 1930/2015-
- STS (Sentencia del Pleno TS) de 13 de enero de 2015 -
Roj: STS 275/2015-
- STS de 30 de abril de 2015 - Roj: STS 1930/2015-

EJECUCIÓN DEL AVAL O LA PÓLIZA INDIVIDUAL SIN NECESIDAD DE QUE EL COMPRADOR TENGA QUE RESOLVER JUDICIALMENTE CON CARÁCTER PREVIO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

- STS de 30 de diciembre de 1998 -RJ 1998, 9983-
- STS de 9 de abril de 2003 -RJ 2002, 2957-
- SAP de Burgos de 26 de febrero de 2010 -JUR 2010, 155151-
- AAP de Valencia de 6 de noviembre de 2009 -JUR 2010, 109156-
- AAP de Valencia de 29 de marzo de 2010 -JUR 2010, 219783-

FIGURA DEL PROMOTOR

- STS de 11 de octubre de 1974 (RJA 3798)
- STS de 23 de diciembre de 1993 -Roj: STS 9131/1993-
- STS (Penal) de 29 de abril de 1996 -Roj: STS 2585/1996-

- SAP de Valencia de 19 de julio de 2010 -JUR 2010, 349356-

GARANTÍAS O AVALES A PRIMER REQUERIMIENTO

- STS de 17 de febrero de 2000 -RJ 2000, 10001162-
- STS de 30 de marzo de 2000 -RJ 2000,2314-
- STS de 5 de julio de 2000 -RJ 2000,6010-
- STS de 13 de diciembre de 2000 -RJ 2000,10438-
- STS de 27 mayo -RJ 2004\4264-
- STS de 13 septiembre de 2013 -RJ 2013\5931-
- STS de 17 octubre -RJ 2007\7105-

PRESTACIÓN DE GARANTÍA COMO ESENCIAL

- STS de 11 de abril -Roj: 2254/13-
- STS de 25 de octubre -Roj: STS 6847/2011-
- STS de 10 de diciembre -Roj: STS 816-
- STS de 19 de julio -Roj: STS 4423/2013-

INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO Y CARÁCTER ESENCIAL DEL PLAZO CONVENIDO

- STS 12 de abril de 2011 - Roj 2018/2011-
- STS de 28 de junio de 2012 - Roj STS 5708/2012-
- STS 10 de julio de 2013 -Roj STS 4085/2013-
- STS de 25 de octubre de 2013 (Roj.: STS 5071/2013

INTERESES QUE IMPONE LA LEY 57/1968

- SAP de Cantabria, de 13 de abril de 2004 -PROV 2004, 162754-
- SAP de Asturias, de 27 de junio de 2005 -PROV 2005, 203199-
- SAP de Málaga de 30 de junio de 2005 -PROV 2005, 238333-
- STS 7 de mayo de 2014 -Roj: STS 2391/2014-

LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN

- Audiencia Provincial de Alicante de 14 de enero de 2009 - Roj: SAP A 44/2009-
- AAP MADRID de 27 de diciembre de 2007 (Roj: AAP M 16001/2007)
- STS (PLENO) de 10 de septiembre de 2012 (núm. 537, 2012) Roj: STS 7649/2012-
- STS (PLENO) de 22 de octubre de 2012 -Roj: STS 7374/2012-
- STS (PLENO) de 8 de noviembre de 2012 -Roj: STS 9188/2012-
- STS de 28 de abril -Roj: 1763/2014-

NATURALEZA CONTRACTUAL O PRECONTRACTUAL DEL NEGOCIO
POR EL QUE ADQUIRENTE ENTREGA DINERO

- STS 17 de octubre 2010 -Roj: STS 3443/2015-

OFERTA CONTRACTUAL

- STS de 10 de octubre de 1980 -RJ 1980\3623-
- STS de 2 de febrero de 1990 -RJ 1990\652-
- SAP de Salamanca de 26 diciembre de 1995 -AC 1995\2390-
- SAP de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de junio de 1993 -AC 1993\1896-

OMISIÓN DEL AVAL O GARANTÍA

- STS de 25 de octubre de 2011 -RJ 2012, 433-
- STS de 10 de diciembre de 2012 -RJ 2013, 914-
- STS de 10 de diciembre de 2012 - RJ 2013, 914-
- STS de 5 de febrero de 2013 -RJ 2013, 1995-
- STS de 11 de abril de 2013 -Roj: STS 2254/2013-

PÓLIZA DOBLE

- STS de 5 de abril de 1995 (Penal) -RJ 1995, 2816-

PRECONTRATO

- STS de 3 de junio de 1998 - RJ 1998\3715-

PROMESA DE VENTA

- STS de 16 de Julio de 2003 -Roj: STS 5073/2003-

PUBLICIDAD

- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, de 10 octubre de 2005 - Roj: SJM SE 63/2005-

RESULTA INDIFERENTE SI EL CONTRATO SE DENOMINA COMO “ARRAS”, “SEÑAL”, O CUALQUIER OTRA FORMA

- SAP Madrid 28 de noviembre de 2007 -JUR 2008\101923-

SANCIONES APLICABLES ANTE EL «INCUMPLIMIENTO POR EL PROMOTOR DE LO DISPUESTO EN ESTA LEY 57/1968

- STS (Penal) de 20 de mayo de 1981 -Roj: STS 4500/198-

SEGURO DE CAUCIÓN

- STS de 26 de febrero de 2000 -ROJ: STS 1500/2000-
- STS 26 de enero de 1995 -ROJ: STS 309/1995-
- STS 1 de octubre de 2002 -RJ 2002, 8498-
- SAP de Málaga de 30 diciembre 1999 (Roj: SAP MA 4031/1999)

SOLIDARIDAD DE LOS AVALES BANCARIOS Y NO RESPECTO DE LOS
SEGUROS DE CAUCIÓN

- SAP de Sevilla (Secc. 5ª) de 10 de diciembre de 1996 - AC
1996\2431-
- STS de 13 septiembre de 2013 - RJ 2013/5931-
- STS de 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4264)

TRATOS PRELIMINARES

- STS de 3 de junio de 1998 - RJ 1998\3715-

