

Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)

Liability of the guarantors in the new legal regime on advanced amounts in the purchase of off plan homes after Law 20/2015, of July 14th, on management, supervision and solvency of insurance and reinsurance entities (LOSSEAR)

por

ROCÍO LÓPEZ SAN LUIS
Prof. Titular de Derecho civil
Universidad de Almería

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la posición de los garantes —entidades aseguradoras y financieras— en la devolución de las cantidades

anticipadas a cuenta del precio del contrato de compraventa de vivienda tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, poniendo de manifiesto como el nuevo texto normativo no viene a mejorar la posición de los compradores de viviendas que realizan entregas a cuenta, sino que manteniendo prácticamente la regulación de la Ley 57/1968 merma su posición y derechos frente a los garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de una vivienda, cuando se eliminan, entre otros aspectos, el carácter irrenunciable de sus derechos, el carácter imperativo de la norma, y el carácter ejecutivo del contrato del seguro o aval. Asimismo, se analiza si la doctrina establecida por el TS durante la vigencia de Ley 57/1968 podría mantenerse tras la reforma introducida por el legislador en la Disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR).

*ABSTRACT: This paper analyzes the position of the guarantors —insurance and financial entities— in the refund of the advanced amounts paid on account of the price of the home purchase contract after Law 20/2015, of July 14th, on Planning, Supervision and Solvency of Insurance and Reinsurance Entities, highlighting how the new normative text does not improve the position of buyers of homes that make advanced payments on account but, practically maintaining the regulation of Law 57/1968, reduces their position and rights against the guarantors of the amounts paid on account of the purchase price of a dwelling when, *inter alia*, the inalienable nature of their rights, the imperative nature of the rule and the executive nature of the insurance contract or guarantee are eliminated. Also, it is analyzed if the doctrine established by the TS during the validity of Law 57/1968 could be maintained after the reform introduced by the legislator in the First Additional Provision of the LOE (LOSSEAR).*

PALABRAS CLAVE: Cantidadas anticipadas. Seguro de caución. Aval bancario. Resolución contractual. Garantías. Compraventa.

KEY WORDS: Advance amounts. Safe deposit. Bank guarantee. Contractual resolution. Guarantees. Buying.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PROTECCIÓN DE LOS ADQUIENTES DE VIVIENDA CON ENTREGAS ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGUADORAS Y REASEGUADORAS (LOSSEAR): 1. OBLIGACIÓN LEGAL DE GARANTIZAR LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES

Y DESPUÉS DE LA REFORMA. 2. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS. 3. PRÓRROGA O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRA-VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN.—III. AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE LAS VIVIENDAS. RESPONSABILIDAD DE LOS GARANTES EN LA NUEVA LEY 20/2015, DE 14 DE JUNIO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGUADORAS Y REASEGUADORAS (LOSSEAR): 1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRA DE VIVIENDAS SOBRE PLANO. 2. EL AVAL SOLIDARIO COMO GARANTÍA DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRA DE VIVIENDAS EN LA LOSSEAR.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizo la posición de los garantes —entidades aseguradoras y financieras— en la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio del contrato de compraventa de vivienda tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR)¹, que deroga la Ley 57/1968, y modifica la disposición adicional primera de la LOE. Como se podrá observar, el nuevo texto normativo no viene a mejorar la posición de los compradores de viviendas que realizan entregas a cuenta sino que, manteniendo prácticamente la regulación de 1968, merma su posición y derechos frente a los garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio de compra de una vivienda sobre plano, cuando se eliminan, entre otros aspectos, el carácter irrenunciable de sus derechos, el carácter imperativo de la norma, y el carácter ejecutivo del contrato del seguro o aval.

Desde el año 2007, el TS ha venido realizado una interpretación de los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en favor de la parte más débil de la relación, es decir, del consumidor comprador de vivienda que entrega dinero a cuenta del precio cuando estos veían que las viviendas objeto de compra no llegaban a buen fin, o se retrasaban en su entrega; hasta el punto de que, como se verá, han sido las entidades financieras y aseguradoras, como garantes, las que han hecho frente a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta más los intereses, a pesar de no cumplirse de manera rigurosa lo establecido en la citada norma.

Es por ello que, nos debemos preguntar si la doctrina establecida por el TS va a seguir vigente tras la reforma introducida por el legislador en la disposición

adicional primera de la LOE, (LOSSEAR), pues algunos conceptos se seguirán manteniendo mientras que en otros nos surgirá la duda sobre si a los contratos de cesión de vivienda con percepción de cantidades a cuenta del precio se les podrá aplicar dicha jurisprudencia.

En definitiva, analizaré la nueva regulación introducida por la LOSSEAR sobre percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, señalando aquellos aspectos que, tras la leve modificación introducida por el legislador, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por el TS, entendemos consolidados, para centrarnos en la nueva regulación que la disposición adicional primera de la LOE establece sobre el afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta del precio; es decir, sobre el seguro de caución y el aval solidario, donde podremos observar cómo se han visto perjudicados los consumidores así como las entidades financieras respecto de las compañías aseguradoras.

II. PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES DE VIVIENDA CON ENTREGAS ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (LOSSEAR)

Con la aprobación de la LOSSEAR se ha incluido una disposición derogatoria tercera en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) quedando derogadas la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas, el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de viviendas, y, la Orden 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor². A su vez, se ha modificado la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre (LOE), que manteniendo vigente la Ley 57/1968 establecía algunas aclaraciones sobre la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas³.

Sin pretender un análisis en profundidad de la reforma, sí es preciso resaltar las diferencias y similitudes entre ambos textos normativos, manifestando en qué aspectos concretos considero que la nueva legislación no ha mejorado la protección de compradores de viviendas que realizaban anticipos a cuenta del precio, así como la posición de los garantes de dichas cantidades, estableciéndose divergente regulación entre el seguro de caución y los avales solidarios, como garantías de la devolución de las cantidades anticipadas.

1. OBLIGACIÓN LEGAL DE GARANTIZAR LA PERCEPCIÓN DE CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA DEL PRECIO ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA

En nuestro Ordenamiento jurídico la protección al consumidor comprador de viviendas en proyecto con entrega de cantidades adelantadas a cuenta del precio comenzó con la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas⁴. Dicha Ley tuvo su origen en las situaciones gravísimas en las que numerosas familias se vieron implicadas como consecuencia de la pérdida de cantidades que entregaron a cuenta para la adquisición de viviendas en construcción en la década de los años 60, al carecer de garantías sobre la recuperación de las mismas cuando la construcción no tenían lugar o no llegaban a buen fin por diferentes causas o motivos⁵.

Dicha preocupación quedó patente en el Preámbulo de la Ley afirmándose 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 esta no se lleve a efecto»⁶.

Si bien, aunque esta Ley 57/1968 fue novedosa en la protección de compradores de vivienda para uso residencial e incluso de temporada antes de que la CE proclamara como principios rectores de la política social y económica la defensa de los consumidores y usuarios, y el derecho a disfrutar de una vivienda digna, (Cfr. arts. 47 y 51)⁷, ha sido en los años de crisis económica cuando nuestros tribunales la han aplicado de manera extensiva *pro consumatorem*, paliando la situación que estaban padeciendo las familias con la pérdida de sus ahorros e incluso de sus futuras viviendas, arrastrados por la mala *praxis* de todos los operadores del sector durante la burbuja inmobiliaria⁸. Tanto es así que, el TS ha sentado doctrina en torno a la interpretación de los artículos 1 y 3 de Ley 57/1968⁹; creando con ella cierto malestar en las entidades de crédito y compañías aseguradoras, garantes de las cantidades entregadas a cuenta del precio por parte de los compradores de viviendas, al considerar que se estaba vulnerando uno de los principios básicos de nuestro Ordenamiento jurídico como es el de seguridad jurídica, y que, según ellos, traerá perjuicios para los futuros compradores de vivienda; pues, aquellas serán más exigentes en las oferta de productos, concesiones de créditos y, sobre todo, a la hora de garantizar operaciones inmobiliarias. En definitiva, todo lo expuesto, propició la aprobación de la LOSSEAR que a juicio de muchos perjudica más que beneficia a los

compradores de viviendas que hacen entregas a cuenta del precio, a pesar de todo lo que pueda manifestar el legislador en el Preámbulo de la Ley.

El ámbito de la Ley 57/1968, como la de la LOSSEAR, son aquellos sujetos en los que el promotor-vendedor pretenda obtener de los compradores de viviendas en proyecto de construcción, —bien mediante régimen de comunidad de propietario bien mediante sociedad cooperativa—, cantidades anticipadas antes de iniciar la construcción o durante la misma¹⁰. Si bien, se exige que las viviendas sean destinadas a domicilio o residencia familiar con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial, por lo que únicamente estarán protegidos por la norma los compradores que sean destinatarios finales de las viviendas, sin que pueda aplicarse dicha protección legal a las compras especulativas o las compras realizadas con la finalidad de introducir la vivienda o apartamento adquirido en un proceso productivo o comercial.

Por otra parte, es indiferente la denominación que las partes le hubieran dado al referido contrato, aunque la Ley 57/1968 aludía a «contratos de viviendas», «cesión de viviendas» y de «contrato», evitando la palabra «compraventa»; Ahora, la disposición adicional primera de la LOE (tras la LOSSEAR), alude a «cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas»; de «contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente», de «contrato de cesión», de «contrato para la adquisición de la vivienda», de «contrato de compraventa». En definitiva, la protección del sistema legal abarca todos los contratos en los que se adquiere derecho —puramente obligacional— una vivienda previamente a su construcción o durante la misma se anticipen cantidades de dinero, por tanto alcanza a contratos de compraventa de viviendas en construcción y contratos análogos, ya se denominen «contratos de reserva», «precontratos», «contratos de señal»¹¹.

El primer mecanismo protector establecido tanto en la Ley 57/1968, como en la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), consiste en la obligación del promotor, (cedente, vendedor, etc.), de constituir garantía para las cantidades entregadas a cuenta, ya adopte la forma de contrato de seguro o aval solidario, 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.

Para ello, y prácticamente con la misma redacción lo ha recogido la LOSSEAR, el promotor tendrá que percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas *a través de entidades de créditos 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.*

Y es aquí, en relación a esta obligación legal de garantía o afianzamiento de las cantidades anticipadas donde han surgido todas las cuestiones y pronunciamientos del TS, recogiéndose parte de su doctrina en la nueva regulación dada a la Disposición adicional primera de la LOE. (LOSSEAR).

A pesar del carácter imperativo de la norma, no ha sido infrecuente el incumplimiento por las entidades promotoras de la constitución del aval o el seguro, lo que unido a la crisis del sector y a la no entrega de las viviendas en una fecha determinada ha puesto de manifiesto un problema hasta entonces menor, cuál es la responsabilidad de las entidades depositarias de tales cantidades ante la imposibilidad de las promotoras de devolver a los compradores las sumas por estos anticipadas, agravada por la no constitución de las garantías a favor a los desafortunados¹².

Han sido muchos los argumentos alegados por las entidades financieras y compañías aseguradoras para eludir la aplicación los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968, cuando los promotores o cedentes de viviendas en construcción quedaban insolventes arrastrados por la crisis del sector y por su mala gestión; evitando con ello su posición de garantes de la devolución de las cantidades anticipadas más los intereses legales¹³.

Partimos de la premisa de que el promotor (persona física o jurídica) es el que promueve la construcción de toda clases de viviendas, ya sean en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa que pretende obtener de los adquirentes entregas de dinero. Promotor que tiene que cumplir con las siguientes exigencias establecidas en la norma: a) Celebrar contrato de seguro o aval solidario que garantice la restitución de las cantidades y sus intereses; b) Ingresar los anticipos en una cuenta especial.

En efecto, el responsable principal de la devolución de las cantidades es el promotor 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 vivienda¹⁴. Si bien, la entidad bancaria o caja de ahorros, ahora en la nueva redacción entidades de créditos, en las que se hacen las aperturas de cuenta especial así como los depósitos de las cantidades, son responsables del manejo de esos fondos, —solamente se podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción—, así como que *bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior* (redacción dada a la disposición adicional primera de la LOE por la LOSSEAR).

Por tanto, el responsable principal de garantizar las cantidades anticipadas a cuenta del precio de la construcción de las viviendas es el promotor, vendedor o cedente; y, la entidad de crédito (banco o cajas de ahorros) es responsable subsidiaria, pues sobre ella recae la responsabilidad de que el promotor contrate la garantía —aval solidario o seguro de caución—, para las cantidades depositadas en la cuenta especial, y también del manejo de las mismas —*bajo su responsabilidad*—. Es por ello que, si no se contrata las garantías —seguro de caución o aval solidario— la entidad de crédito es responsable subsidiaria, por

depositaria de las cantidades¹⁵. Y, en un plano distinto, nos encontramos a las compañías aseguradoras que a través de los seguros de caución o las entidades financieras, mediante avales, van a responder solidariamente junto con el obligado principal (el promotor-vendedor). Considerándose, como vamos a ver con posterioridad, contratos totalmente autónomos del principal.

En torno a estas premisas el TS se ha pronunciado sobre las siguientes cuestiones jurídicas con el deseo de evitar mayor litigiosidad: 1) ¿qué ocurre si la entidad de crédito no obliga al promotor a garantizar las cantidades depositadas mediante aval solidario o seguro de caución? ¿quién responde?; 2) ¿quién responde si no se abre cuenta especial, realizándose depósitos en otra cuenta de la misma entidad?; ¿desde cuándo hay obligación legal de garantizar las cantidades depositadas? Pasamos a dar respuesta.

2. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LA ENTIDAD DE CRÉDITO POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA CONSTRUCCIÓN Y VENTA DE VIVIENDAS

En la promoción de viviendas en construcción y en relación al tema que nos ocupa, nos encontramos con dos tipos de negocios jurídicos: el primero, el de compraventa entre promotor y comprador, y, el segundo, de garantía al comprador del reintegro de las cantidades anticipadas por razón de la compraventa, en la que intervienen, promotora, garante y entidad de crédito, pero no el comprador.

Tal y como establece la disposición adicional primera de la LOE (LOS-SEAR), y la derogada Ley 57/1968, en su artículo 1, incumbe a la entidad de crédito, para aperturar la cuenta especial, verificar previamente la constitución por el promotor vendedor de las garantías para la devolución de las cantidades anticipadas, mientras que la obligación de ingresar las cantidades en esa cuenta especial es una obligación que se impone al promotor-vendedor¹⁶, siendo que al garante —avalista o entidad aseguradora—, le incumbe urgir a la promotora, que percibe las cantidades, para su ingreso en la cuenta especial constituirla al efecto, así como verificar que de los fondos se dispone para atender a los gastos de la promoción, sin que sea trasladable ninguna de estas obligaciones ni las consecuencias desfavorables por desavenencias en su cumplimiento por alguno de los tres agentes mencionados al comprador quien se pretende proteger por la citada normativa, ya que ello implicaría agravar los derechos de los compradores con cargas adicionales trasladándoles deberes propios de la promotora, efectividad de las garantías por la aseguradora o avalista, y obligaciones de vigilancia de la entidad bancaria. Por tanto, no se puede condicionar el derecho del comprador a la restitución de las cantidades anticipadas al ingreso de las mismas en la cuenta especial¹⁷.

En este sentido, el TS en Sentencia de 21 de diciembre de 2015 ha señalado que «La “responsabilidad” que el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si proviene de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma entidad o en otra pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de “exigir”. En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera su eficacia»¹⁸. No obstante, la STS de 16 de enero de 2014 aclara que «dicha responsabilidad solo alcanza a la entidad que recibe las aportaciones de los compradores, no a la entidad acreedora hipotecaria que otorga al promotor un préstamo para construir la promoción y en la que aquella ingrese fondos periódicamente para cubrir dicho crédito hipotecario»¹⁹.

En este punto, es preciso señalar que la derogada Ley 57/1968 establecía que estos derechos que se le otorgaban a los cesionarios, es decir a los compradores de las viviendas en construcción, tenían el carácter de irrenunciables, mientras que en la nueva redacción dada a la Disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), desaparece este carácter, lo que resulta inexplicable teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha proclamado hasta la saciedad el carácter de los mismos, protegiendo al consumidor frente a los incumplimientos del promotor o de las entidades garantes, siendo indiferentes frente al adquirente el ingreso de los anticipos en la cuenta especial²⁰, entendiendo que no afectan a los adquirentes los límites establecidos en la cobertura de garantías y que consideran protegido al consumidor habiendo una línea de avales o un seguro colectivo aún en falta de certificados o póliza individual²¹. Aspecto que profundizaremos con posterioridad.

Si bien, no han sido pocos los argumentos esgrimidos por la doctrina para sostener el carácter irrenunciable de los derechos a pesar de que la LOSSEAR no lo afirme de manera expresa; destacando entre ellos: que partiendo del carácter de los derechos reconocidos a consumidores y usuarios hay que optar por el carácter imperativo de los mismos, pues para entender que una ley sea imperativa no es necesario que la misma lo diga expresamente²²; en segundo lugar, que iría contra la finalidad de la Ley el pacto que no pretende el amparo de la parte desfavorecida; tercero, que si atendemos a los antecedentes históricos legislativos (art. 7 de la Ley 57/1968), podemos afirmar que en la actualidad se mantienen los mismos problemas y la misma necesidad de protección; cuarto, argumentos normativos sobre la base del Título Preliminar del Código Civil en

su artículo 6. 2.^º y 3.^º, no permitiendo la renuncia de derechos y estableciendo la ineeficacia de los actos contrarios a la norma imperativa, así como el artículo 10 TR 1/2007, donde se indica específicamente la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario; y, finalmente, los argumentos jurisprudenciales, donde se ha declarado la nulidad de ciertos pactos o condiciones impuestas, o no se han tenido en cuenta exigencias al comprador para la efectividad de la garantía porque suponía indirectamente una renuncia de derechos reconocidos por ley²³.

Si bien, la responsabilidad que asume la entidad de crédito no es garantizar el cumplimiento de la obligación del promotor de entregar la vivienda, ni tampoco garantiza una obligación dineraria de restituir las cantidades anticipadas por el comprador sustituyendo así al promotor, sino que garantiza la obligación del promotor de constituir el aval o seguro para la devolución de las cantidades anticipadas, como condición para aperturar una cuenta especial²⁴.

En definitiva, 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 de que el promotor ha asumido la obligación legal de garantizar la devolución de las cantidades a cuenta, 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 previstas, no pudieran obtener la restitución de lo anticipadamente pagado. No asumiendo, en cambio, responsabilidad alguna por la no entrega del aval o certificado individual del seguro concertado²⁵.

Cosa distinta es el tema controvertido en relación a la extensión de la garantía. En la redacción de la Ley 57/1968 se planteaba la duda en torno a si la garantía (seguro de caución o aval solidario) se extendía a las cantidades anticipadas antes de la fase de la construcción, o si por el contrario se devengaba la obligación al comienzo de dicha fase. Ello originó un debate en los Tribunales, sobre todo en el ámbito de las cooperativas de viviendas, siendo la mayoría de las resoluciones favorables a los compradores con apoyo en el artículo 1 de la citada Ley («antes de iniciar la construcción o durante la misma»), y en el artículo 4.1 del Decreto 3114/1968. Con la nueva redacción parece que el tema queda zanjado a favor de las aseguradoras y de los promotores y que las cantidades adelantadas ser garantizarán «desde la obtención de la licencia de edificación». Por tanto, las cantidades adelantadas anteriores al principio de la fase de construcción quedarán fuera de la garantía. Con ello debe entenderse derogada la doctrina de la STS de 13 de septiembre de 2013 (ASEFA), con la consecuencia de que las entidades aseguradoras podrán volver a comercializar los llamados seguros de «Tramo I», que la sentencia citada reprobaría como si se tratase de un fraude de Ley. Pero este seguro atípico no es obligatorio porque

la entrega de cantidades adelantadas en un tiempo anterior a la obtención de la licencia ya no está sujeta a la garantía obligatoria²⁶.

Considero, por tanto, que se ha creado un deliberado retroceso en el nivel de protección que el adquirente de vivienda a plazos ha recibido hasta ahora en los tribunales²⁷. El riesgo de una promoción inmobiliaria para un consumidor está en la fase anterior a la licencia de obras. De hecho, el 80% de las reclamaciones son por anticipos realizados en la fase previa en la obtención de la licencia, por ello la práctica totalidad de los siniestros en ese ramo de seguros se produce en esa fase incipiente, donde el promotor se hace con el suelo y percibe fuertes sumas de dinero que no tienen noción de la compleja y larga que puede ser la tramitación de la licencia urbanística²⁸. No obstante, y a pesar de que existe un claro retroceso en la protección de los compradores de viviendas respecto de aquellas cantidades que se han entregado antes de la obtención de la licencia de edificación, la norma puede servir para desincentivar la financiación, la promoción y la inversión en obras de incierta legalidad urbanística, así como (DE CASTRO, M. L., 2016) contribuir a una economía equilibrada y reconquistar la confianza en el sistema legal español y sus jueces.

3. PRÓRROGA O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRA-VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN

La disposición adicional primera de la LOE (LOSEAR) ha optado por incorporar la dicción del artículo 3 de la Ley 57/1968 en lo que se refiere a la posibilidad de prórroga del contrato o resolución del mismo cuando se dan las causas establecidas para ello. Lo único que cambia en cuanto a la redacción es su terminología; se modifica el término cedente por promotor y se recoge lo establecido en la jurisprudencia sobre la devolución de las cantidades anticipadas más la devolución del interés legal; antes se establecía el 6% de interés anual en caso de que la construcción no se iniciase o no se terminase en los plazos convenidos.

Centrándonos en las causas de resolución del contrato de compraventa, y no de rescisión como sigue sosteniendo el legislador, señalar que tanto en la Ley 57/1968 como en la LOSSEAR se mantienen las mismas causas, siendo, por tanto, aplicable la jurisprudencia del TS respecto de aquellos casos que podrían plantear dudas en torno a si eran causas o no de resolución del contrato. Es por ello que aludiré, brevemente, al no ser tema de discusión, las causas que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se consideran causas de resolución por incumplimiento del contrato.

A tenor de lo dispuesto tanto en el artículo 3 de la Ley 57/1968, como en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la LOE (LOSEAR), podrá el comprador resolver legalmente el contrato de compraventa cuando: a) Haya

transcurrido el plazo previsto de iniciación de las obras y estas no hubieran comenzado; b) Cuando hubiera transcurrido el plazo para entrega de la vivienda y esta no se hubiese entregado a los compradores.

Han sido muchas las sentencias de las Audiencias provinciales y del TS en las que se ha debatido si el plazo establecido en el artículo 3 de la Ley 57/1968 es una excepción a la doctrina sentada por el mismo TS en torno a si el término es causa de resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código Civil. Y es que el plazo, según el TS, no es causa de resolución del contrato salvo que este haya sido establecido en el mismo como término esencial. Esto es, el incumplimiento del plazo de la entrega en un contrato de compraventa no tiene porque llevar aparejado el incumplimiento definitivo del contrato si dicho retraso no frustra el fin perseguido por el mismo, pues la entrega tardía de la vivienda puede seguir satisfaciendo el interés del comprador-acredor.

No obstante, el Alto Tribunal ha reiterado en diversas sentencias que en el supuesto al que nos estamos refiriendo, a pesar de que el incumplimiento del plazo de entrega o el inicio de la construcción de la vivienda no sea un término esencial, el artículo 3 de la Ley 57/1968 sería una excepción a la doctrina establecida en torno a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil²⁹. En este punto es determinante la STS de 20 de enero de 2015, la cual supone un cambio de rumbo en los requisitos exigidos para estimar la típica resolución de uno de los más típicos contratos de compraventa —a saber, el de viviendas sobre plano—: en lo sucesivo, en caso de retraso en la entrega de una vivienda por su promotor, argumentando no *ex* artículo 1124 del Código Civil sino *ex* artículo 3 de la Ley 57/1968, se podrá conseguir la resolución de la compraventa en cuestión por incumplimiento, aún cuando dicho retraso sea mínimo. Es decir, en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no es aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código Civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte³⁰. Así, en el Fundamento sexto, apartado 3, rectifica el criterio de la Sentencia de 9 de junio de 1986, sentando nueva doctrina interpretativa del artículo 3 de la Ley 57/1968 al afirmar que «...3.^a Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento del vendedor del plazo estipulado para la terminación de la entrega de la vivienda justifica, conforme el artículo 3 de la Ley 57/1968, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta (...), el derecho a resolver se ejerzte 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. Lo anterior significa que el artículo 3 de la Ley 57/1968 introduce en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega,

aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/1968 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código Civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante...».

No obstante, no debemos dejar de lado que la resolución del contrato puede ser utilizada como mecanismo de defensa de los consumidores en los tiempos de crisis económica para poder «escapar» de las relaciones obligatorias nacidas de contratos sobre todo en contratos de compraventa de inmuebles, cuya ejecución no puede ser asumida por las partes en la mayoría de los casos (CASADO CASADO, 2016, 13). Se habla de incumplimiento relevante a efectos de resolución por incumplimiento objetivo fundado en la no constitución de la garantía como obligación esencial, o como un incumplimiento de menor entidad que puede ser valorado como esencial a estos efectos, con los límites de la buena o mala fe y el abuso de derecho, que debe ser pedido antes del requerimiento por el vendedor. Se quiere proteger al consumidor y esta protección llega, a nuestro entender, hasta la relajación de los criterios estrictos de interpretación de la resolución contractual, pudiendo ser resueltos contratos ante incumplimientos que suponen meros retrasos en la entrega de la vivienda, por tanto, ante incumplimientos fuera de la órbita de la gravedad del incumplimiento resolutorio, sin que tampoco puedan entenderse comprendidos en los supuestos de incumplimiento esencial³¹.

Otra de las causas de resolución del contrato de compraventa de la vivienda sobre la que se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia ha sido la no obtención de la licencia de habitabilidad o de primera ocupación, teniendo en cuenta el artículo 4 de la Ley 57/1968 y el artículo 5 de la Disposición adicional primera (LOSSEAR) que se refiere a la misma en relación a la cancelación de la garantía³².

La licencia de ocupación o la cédula de habitabilidad constituye el documento administrativo que acredita el cumplimiento por las viviendas de la normativa que les resulta de aplicación, siendo necesario para que cualquier vivienda sea considerada apta a efectos de uso residencial y debiéndose obtener dicha autorización administrativa con carácter previo u obligatorio a la ocupación de la vivienda³³. La entrega de la vivienda únicamente podrá considerarse como tal si va acompañada de la correspondiente licencia administrativa que autorice la utilización de la misma. Así lo ha puesto de manifiesto la STS de 11 de marzo de 2013 afirmando que «el cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede entenderse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros básicos, sino que debe comprender también

que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia...³⁴. En definitiva, «la licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata solo de terminar sino de entregar, obligación esencial del vendedor, y para tal entrega útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación»³⁵. En consecuencia, si el promotor pretendiera la entrega de la vivienda sin la cédula de habitabilidad o licencia de ocupación porque no se hubiese obtenido en el plazo previsto dicha autorización administrativa para la utilización de la vivienda, el comprador podrá ejercitar el derecho de resolución del contrato de compraventa³⁶.

Podríamos preguntaros si el incumplimiento por parte del promotor de la obligación legal de garantizar las cantidades entregadas anticipadamente, consecuencia respecto del contrato de compraventa, podría ser también causa de resolución. Se ha defendido por parte de la doctrina la tesis de que para resolver un contrato no basta con que se produzca cualquier tipo de incumplimiento, sino que es preciso que este sea verdadero propio, grave, y de esencial trascendencia para la economía establecido por las partes en el negocio jurídico o que tenga la suficiente importancia como para afectar de modo decisivo a los intereses de las partes, impidiendo su satisfacción económica. Por lo tanto, considera este sector doctrinal que a menos que se entienda que el incumplimiento de la obligación de garantizar las cantidades anticipadas por los compradores afecta de modo decisivo a la economía del contrato, constituyendo un incumplimiento grave y esencial de las obligaciones del promotor, no podrá resolverse el contrato debido a la falta de otorgamiento de las garantías. Cosa distinta es que el comprador, ante el incumplimiento de las garantías por la Ley 57/1968, pueda suspender los pagos pendientes³⁷, denunciar dicha infracción administrativa y, desde luego, reclamar el cumplimiento de dicha obligación legal. Por ello, sostiene este sector doctrinal que no podrá solicitar la resolución del contrato de compraventa, pues la obligación de garantía, pese a su naturaleza de obligación legal, constituye simplemente una obligación accesoria del promotor que no afecta de modo esencial a la economía del contrato ni a la satisfacción económica de las partes contratantes³⁸.

Sin embargo, la línea jurisprudencial va en sentido contrario, pues el TS en Sentencia de 11 de abril de 2013, en relación al incumplimiento de la obligación legal de garantizar las cantidades entregadas anticipadamente ha resuelto señalando que «En efecto, 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 la infracción administrativa y, por tanto, ajeno al cauce del incum-

plimiento resolutorio del mismo. Por el contrario, la doctrina jurisprudencial de esta Sala se ha esforzado recientemente en orden a configurar el fundamento contractual de esta figura y su correspondiente imbricación en el contrato celebrado, al igual que ha hecho con la licencia de primera ocupación. Este desarrollo jurisprudencial se ha llevado a cabo de forma progresiva. Así, en lo que podemos denominar como primera fase, STS de 25 de octubre 2011, esta Sala ya resaltó, como principio general, que la omisión del aval o de las garantías, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los futuros adquirentes de las viviendas, artículo uno de la citada Ley 57/1968, implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o de esencial. Posteriormente, en una segunda fase, en la ya citada STS de 10 de diciembre de 2012, se profundizó en la configuración contractual de la figura declarándola, por una parte, como obligación esencial del vendedor, y por la otra, determinando su régimen de aplicación conforme al contexto de las obligaciones recíprocas, como son las derivadas del contrato de compraventa, de forma que, en verdad, subsista dicha reciprocidad, o dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o continuidad de la garantía. Sentadas estas bases, la configuración contractual de la figura puede responder a los siguientes criterios: en el plano de su caracterización nos encontramos ante una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o construcción. Su tipicidad, conforme a la naturaleza del contrato de compraventa, se imbrica en el funcionamiento de la reciprocidad obligacional tendente a garantizar el cumplimiento del contrato: construcción de la vivienda y pago de la misma. En el plano de su régimen de aplicación, por mor de la tipicidad expuesta, cabe diferenciar dos supuestos: en la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si este no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar de la cantidad y viceversa (art. 1274 del Código Civil). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido, pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual, (...). Por el contrario, conforme a la delimitación efectuada, se observa con claridad que su exigibilidad cuando la vivienda ha sido ya puesta a disposición del adquirente, aparte de ser contraria a la buena fe y su proyección en los actos propios, carece de función o de sentido, pues refleja que lo que realmente se pretende no es otra cosa que el incumplimiento resolutorio de la vendedora (...)³⁹.

III. AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE LAS VIVIENDAS. RESPONSABILIDAD DE LOS GARANTES EN LA NUEVA LEY 20/2015, DE 14 DE JUNIO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES ASEGUADORAS Y REASEGUADORAS (LOSSEAR)

En la Ley 20/2015 (LOSSEAR), se establece la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro o 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 (Cfr. apart. Uno.1. a) de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR).

Dichas garantías se encontraban reguladas en la Ley 57/1968, aunque el legislador no puso empeño en su desarrollo, lo que propició que nuestros tribunales se pronunciaran sobre muchas cuestiones objeto de litigio; así, a modo de ejemplo, la extensión de las garantías, la eficacia de la póliza colectiva frente a la ausencia de certificados individuales, excepciones oponibles por parte de los garantes al comprador de la vivienda ante el incumplimiento del promotor del ingreso en cuenta especial, el carácter autónomo de la garantía y no accesorio respecto de la obligación principal. En fin, a todas estas cuestiones se han dado respuestas provocando que nuestro legislador entrara de nuevo a regular la materia, sobre el argumento de que ahora los consumidores quedaban más protegidos en la devolución de las cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda, cuando precisamente con el nuevo texto normativo el legislador ha querido proteger a las entidades aseguradoras y financieras tras las últimas sentencias de nuestro Alto Tribunal, pues con ellas se les venía exigiendo prácticamente una responsabilidad objetiva vulnerando el principio de seguridad jurídica. Tanto es así que con la nueva regulación en torno al afianzamiento de la devolución de las cantidades anticipadas para la compra de viviendas nos preguntamos si sigue vigente la doctrina en torno a todas estas cuestiones.

1. EL SEGURO DE CAUCIÓN COMO GARANTÍA DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRA DE VIVIENDAS SOBRE PLANO

En la nueva redacción dada por la LOSSEAR a la disposición adicional primera de la LOE, se establece como requisito para que un contrato de seguro de caución pueda servir como garantía de devolución de las cantidades anticipadas en la construcción de viviendas que se suscriba 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 comerciales⁴⁰.

Con la exigencia de la póliza individual emitida por la entidad aseguradora, una vez que ya se ha individualizado el comprador tras la conclusión del contrato de compraventa, se puede afirmar que quiebra la doctrina del TS en la que se establecía que la devolución de las cantidades anticipadas quedaba garantizada desde la constitución de la póliza colectiva. Así, la STS de 23 de septiembre de 2015⁴¹ declaró que ««la norma —Ley 57/1968— no le impone al banco la obligación de velar por la entrega de los avales por parte de la vendedora»⁴². De la póliza firmada entre el banco y la promotora tampoco se deduce que la entidad bancaria tuviese la obligación de entregar el aval directamente al comprador, pues siempre lo emitiría a petición del promotor», pero esta interpretación pone en evidencia cómo puede quedar insatisfecha la previsión de la garantía contenida en los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 57/1968, porque bajo la apariencia de la garantía concertada en la póliza colectiva cuya copia se entregaba al comprador, este no tiene porqué conocer que todavía debe recibir el aval individualizado y queda a merced de la mayor o menor diligencia del promotor solicitar los concretos certificados o avales individuales. En atención a la finalidad tutiva de la norma, recientemente resaltada por la Sala, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta, y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender individual, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales. Por ello, podemos entender en estos casos que: i) al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por la vía ejecutiva, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva»⁴³.

Es obvio que el legislador conocía perfectamente la problemática sobre el sistema de doble póliza —póliza colectiva— certificado individual—⁴⁴ y en torno al cual nuestros tribunales se habían pronunciado *pro consumatorem*, comprador de viviendas que había anticipado cantidades a cuenta del precio

final, interesando la devolución de las mismas una vez producido el siniestro a pesar de no estar emitidas las certificaciones individuales respecto de cada unas de las cantidades aportadas por parte de la entidad aseguradora. Por ello, entiendo que con la nueva redacción, la finalidad de la norma es patente y ahora no habrá devolución de las cantidades anticipadas si la entidad aseguradora no emite las pólizas certificados individuales por cada una de las cuotas que vayan anticipando los compradores de las viviendas. Y, en consecuencia lo único que conseguirá el legislador con esta reforma es que el adquirente ahora tenga que encargarse de ir actualizando la póliza a medida que ingresa cantidades en la cuenta especial⁴⁵.

No se entiende que el legislador haya dado este retroceso en la protección de los consumidores compradores de viviendas si no es en su afán defensivo de las compañías aseguradora⁴⁶. Sostengo esto porque al legislador no se le escapa que primero se firman los contratos de compraventa con entrega de anticipos del precio y, posteriormente, se emiten los certificados individuales; pues difícilmente la entidad aseguradora puede emitir certificados individuales si el promotor no le informa de los contratos de compraventa de manera individualizada, esto es, identificación del comprador, precio de la vivienda, cantidades anticipadas, etc.

Es más, el hecho de que el inicio de la cobertura para cada asegurado se supedita a la previa actuación del tomador, unido al mencionado sistema de doble póliza, ha propiciado que algunos promotores hayan aparentado disponer de todas las garantías exigidas legalmente con tan solo mostrar la póliza colectiva o contrato de seguro colectivo, pero sin realizar posteriormente los trámites necesarios para que las entidades aseguradoras emitan los correspondientes certificados o pólizas individuales como títulos de garantía a favor de los compradores que anticipan cantidades⁴⁷. Y ello a pesar de que lo habitual es que en los propios contratos de seguros colectivos se advierta de manera destacada que estos carecen de validez ante los compradores de viviendas hasta que no sean emitidas las correspondientes pólizas individuales⁴⁸.

Tanto es así que, bajo la vigencia de la Ley 57/1968, la jurisprudencia optó por otorgar virtualidad y eficacia a las pólizas colectivas, garantizando la devolución de las cantidades anticipadas desde la suscripción del contrato de seguro por parte del promotor a pesar de no estar emitidas las certificaciones individuales⁴⁹. Lo que permite reafirmarnos que con la nueva regulación la protección del consumidor ha quedado debilitada en favor de las entidades aseguradoras como garantes de la devolución de las cantidades anticipadas.

Llegados a este punto es preciso referirse al último párrafo del apartado 3 de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), pues aunque ha mejorado su redacción respecto de la Ley 57/1968⁵⁰ en cuanto que incluye a las comunidades de propietarios o sociedades cooperativas, el espíritu y finalidad es la misma; el apartado dice así: «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».

Tal exigencia, como se ha sostenido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es de difícil cumplimiento, habida cuenta de que el tomador —promotor, vendedor o cedente— primero deberá remitir al asegurado los datos relativos al contrato —cantidad del adquirente, fechas e importes de los anticipos, etc.—, para que seguidamente este emita la póliza o el certificado individual, a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados, recogiendo en ellas las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas⁵¹. Y es que, aunque la norma obligue al promotor a entregar al comprador el documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio, realmente el hecho de que el promotor no entregue al adquirente esa garantía individual al tiempo de firmar el contrato no es algo que pueda achacársele, pues a pesar de que la ley contenga esa exigencia, la entidad aseguradora solo emitirá la póliza o el certificado individual cuando se le acredite la firma del contrato entre el promotor y el adquirente; lo que resultaría reprochable, sería la actitud del promotor que, para ahorrarse el pago de las sobreprimas correspondientes a las pólizas o certificados individuales, ni siquiera solicitará su emisión. Algo que, como se sabe, es lo que venía sucediendo⁵².

A pesar de todo lo manifestado, la nueva redacción en cuanto a la exigencia de la póliza individual, viene a dar la razón al sector doctrinal que sostenía que teniendo en cuenta la secuencia práctica de este seguro de afianzamiento en que la primera etapa es el estudio del riesgo, si el resultado es favorable se comunicará al solicitante la aprobación de la emisión de la póliza junto a los condicionantes, cuya justificación será preciso acreditar previamente a la emisión de las pólizas individuales; una vez cumplidos esos condicionantes, como paso previo a la emisión de las pólizas individuales, el promotor enviará a la compañía copia de los contratos de compraventa para proceder a la emisión de las citadas pólizas individuales, con las que nace el riesgo para la compañía. Por consiguiente, entienden que sin la previa declaración de abono no existirá cobertura, pero no tanto porque no se haya emitido póliza o certificado individual, sino sobre todo porque no se ha producido el presupuesto necesario para que se emita este documento de garantía individual: no se ha llegado a individualizar el interés del asegurado ni se habrá advertido al asegurador de su exposición al riesgo⁵³. De ahí que, según este sector doctrinal, ahora la LOSSEAR les da la razón; la póliza colectiva no supone la concesión de cobertura para los adquirentes que han anticipado cantidades, sino que esta no se produce hasta que no se expidan los certificados o pólizas individuales⁵⁴. Contraviniendo, por tanto, a todas aquellas resoluciones judiciales en las que se condena al asegurador con el argumento de que a él le correspondía emitir

los certificados o pólizas individuales, pues (MALDONADO MOLINA, 2001, 21) no se entiende cómo se puede reprochar al asegurador la no emisión de certificados o pólizas individuales en aquellos casos en los que no exista previa comunicación o declaración de abono del promotor-tomador, cuando esos certificados han de individualizar el interés asegurado, concretando el importe de las cantidades anticipadas, la identidad de los adquirentes que las anticipan, las fechas en que se hace y la cuantía de la prima. En definitiva, serían casos en los que el asegurador no conoce ni la existencia de anticipos ni la propia existencia de los contratos de compraventa.

Situación distinta es aquella en la que el asegurador tenga conocimiento de la entrega de anticipos, pues en este caso le corresponde la obligación de instar al tomador a regularizar la situación de los mismos, pues el apartado Dos.1.g) de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR) faculta al asegurador, que no obliga, «a comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados»⁵⁵. En este caso se trataría de situaciones en las que cabría defender la responsabilidad del asegurador en un procedimiento declarativo por haber conocido o no poder desconocer la concurrencia de hechos que desencadenan la garantía individual a su cargo.

En cuanto a la extensión de la garantía y las cantidades indemnizables por la entidad aseguradora, la LOSSEAR, establece que «La garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero», y que «En ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten 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». Por tanto, se puede afirmar que la nueva regulación en concordancia con la doctrina del TS establece que la póliza del contrato de seguro comprende todas las cantidades contempladas en el contrato, aun cuando la póliza se emita por cantidad inferior⁵⁶. Si bien, aunque el seguro de caución garantizará todas las cantidades desde la fecha en que las mismas se entreguen, no podemos olvidar que ahora la garantía solo será exigible desde que se obtenga la licencia de edificación por el promotor, lo que pone de manifiesto que la nueva regulación no soluciona las situaciones de inseguridad jurídica a la hora de asegurar las cantidades anticipadas en las fases iniciales de los proyectos, como en el caso de las cooperativas, entrando de nuevo en juego el sistema de los seguros de doble tramo distinto al seguro de caución⁵⁷.

Y, por último, en relación a las cantidades que serán objeto de devolución por parte de la entidad aseguradora, resaltar que ahora el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas («en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado»), carga probatoria que de nuevo limita la respon-

sabilidad del garante, puesto que a partir de ahora le corresponde al adquirente de la póliza individual actualizarla cada vez que realiza una nueva aportación⁵⁸.

Otra cuestión importante, y que no ha sido resuelta de forma satisfactoria por el legislador, es la relativa a la prórroga del seguro. Hasta ahora la jurisprudencia ha sostenido que la aseguradora no podía imponer a su obligación un término final que precediera al tiempo previsto en el contrato de compraventa para la entrega de la vivienda⁵⁹. Regla que ha sido incorporada en la letra f del apartado dos de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), —«la duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de la vivienda»—. Ahora bien, la polémica viene en torno a si la prórroga del contrato de compraventa arrastra la del seguro, haya o no pago de nueva prima, y si es oponible por parte de la aseguradora⁶⁰. La dicción del precepto establece que «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». Como se observa, el texto no lo exige con carácter imperativo sino dispositivo, lo que se ha considerado por parte de la doctrina de un auténtico disparate, entendiendo que hubiese sido mejor utilizar el verbo «deberá», al estar en consonancia con las obligaciones establecidas en la norma y con el carácter irrenunciable de estos derechos. Asimismo, en el apartado cuarto de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), relativo a la ejecución de la garantías, debería haberse incluido la obligación de entregar nueva garantía bajo sanción de resolución cuando establece que «...o conceder al promotor prórroga que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda»⁶¹.

En cuanto a la ejecución de las garantías señalar que una vez acontecido el siniestro —el no inicio de la construcción o la no consecución del buen fin en el plazo convenido, incluyendo la falta de obtención de licencia de ocupación o cédula de habitabilidad— el asegurado, previo requerimiento fehaciente de las cantidades al promotor y el incumplimiento de la obligación por este último en el plazo de treinta días, podrá dirigirse contra el asegurador para reclamar el abono de la indemnización correspondiente⁶². A su vez, el asegurador dispone de otros treinta días para abonar la indemnización al asegurado desde que este hubiese presentado la reclamación. La norma también establece que el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador «cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor»⁶³; reclamación que (CARRASCO PERERA, 2016, 5) siempre será posible, cosa distinta es que sea efectiva. No obstante, y a pesar de ello, ha sido un avance de la norma el haber señalado plazo para la devolución de las cantidades por parte del garante, pues la Ley 57/1968 no hacía alusión al mismo.

En cuanto a la ejecutividad de la póliza o del aval bancario establecida en el párrafo segundo del artículo 3.2.^o de la Ley 57/1968⁶⁴, señalar que este carácter

de las garantías ha desaparecido en la redacción de la LOSSEAR, ello tiene su importancia porque en el procedimiento ejecutivo, que podía interponerse con arreglo a la Ley 57/1968, la «causa» por la que el promotor no había entregado la vivienda en plazo señalado en el contrato de compra no era un argumento válido de oposición. Sin embargo, (PÉREZ DE VEGA, 2016, 12) en el procedimiento arbitrado en la nueva regulación, como única vía judicial para la reclamación de la devolución de las cantidades anticipadas en caso de que se produzca el siniestro, al haber desaparecido la posibilidad de acudir al más ágil y rápido juicio ejecutivo, posiblemente, a partir de ahora, en cada pleito podría surgir la controversia en torno a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil⁶⁵. Por tanto, 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 materia⁶⁶.

Ahora bien, el nuevo texto normativo de la disposición adicional primera de la LOE vuelve a carecer de imprecisión en torno a si es necesario que el asegurado resuelva previamente el contrato de compraventa con el promotor para poder reclamar el pago frente a la aseguradora; imprevisión que nuestro TS había resuelto respecto de la Ley 57/1968 en la Sentencia de 22 de abril de 2015 argumentando que «sobre la alegada necesidad de una previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante la Sentencia de 7 de mayo de 2014⁶⁷, relativa a un aval pero igualmente aplicable al seguro de afianzamiento, declara “que el artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma por lo que una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que, incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta debidamente reclamadas”, y establece como doctrina jurisprudencial que “cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, 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”; doctrina que ahora se reitera»⁶⁸. Por ello, entiendo que al no entrar la nueva regulación de la devolución de las cantidades anticipadas en este tema, en nada se debe modificar la doctrina establecida por el TS, tras la aprobación del nuevo texto normativo⁶⁹.

En cuanto a las excepciones oponibles por parte de la entidad aseguradora frente al asegurado comprador de la vivienda, para la no devolución de las cantidades a cuenta del precio, la nueva redacción prevé que le corresponde al tomador del seguro —promotor— realizar el pago de la prima por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase cooperativa o instrumento jurídico equivalente.

Por tanto, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que le puedan corresponder contra el tomador del seguro, señalando que la falta de pago de la prima por el promotor no será en ningún caso, excepción oponible.

Esta nueva regulación es fruto de la doctrina sentada por parte de nuestro TS en relación al carácter autónomo de las garantías y a la no aplicación del artículo 1853 del Código Civil, al encontrarnos ante una ley especial, que obliga a dar una interpretación favorable a su finalidad protectora⁷⁰. En efecto, lo que se deriva de la nueva regulación es que las entidades aseguradoras no pueden oponer frente al asegurado las excepciones personales que pueda tener frente al deudor —tomador del seguro—, y respecto a las objetivas que se puedan derivar de la propia garantía no podrá alegar el pago de la prima, si bien, tal y como ha entendido la doctrina y jurisprudencia, sí podrá alegar la resolución del contrato de seguro como consecuencia del impago de la prima —como le permite la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro—, así como la reclamación tardía de la misma⁷¹.

Llamativo ha sido el pronunciamiento el TS en el que se llega a responsabilizar a la entidad aseguradora por no llegar a buen fin el contrato de compraventa al declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento por haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de un vicio en la edificación de naturaleza urbanística. Así, la STS de 18 de enero de 2017 en el Fundamento primero establece que «La singularidad del supuesto enjuiciado radica en un hecho que recoge la sentencia recurrida, y que ha quedado incólume para la casación al no ser combatido. Este hecho consiste en que, a pesar de haberse expedido la licencia de primera ocupación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ordena la reposición de los terrenos a su estado anterior, por lo que sobre la vivienda litigiosa existe un peligro cierto y grave de que proceda la demolición, con base a una resolución judicial firme, sin que tal peligro pueda eludirse por el hecho de que el Plan General Municipal se modificase como consecuencia del PIR anulado, (...). Tal esencial error provocado por la ocultación que hizo el promotor-vendedor al comprador de la ilegalidad urbanística, que ha dado lugar a la anulabilidad del contrato por vicio en el consentimiento con lo que es evidente que el contrato «no ha llegado a buen fin», pues era factible la entrega física de la vivienda al encontrarse terminada, pero adolecía de condiciones jurídicas que garantizasen el uso pacífico de futuro, sin miedos y sobresaltos por ilegalidades urbanísticas», (...), y fija como doctrina jurisprudencial que «las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de vivienda que regula la Ley 57/1968 y Disposición adicional primera de la LOE se extienden a aquellos supuestos en que el contrato de compraventa no llega a buen fin, por declararse nulo por vicio invalidante del consentimiento al haber ocultado el promotor-vendedor al comprador la existencia de vicios de la edificación urbanística»⁷². Doctrina que entiendo que se seguirá manteniendo por el TS dado que el presupuesto del apartado Uno. 1 a)

de la disposición adicional primera de la LOE conforme a la LOSSEAR sigue rezando «...para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega».

Por último, señalar que la extinción del contrato de compraventa por mutuo disenso impide que se le puedan exigir a las entidades aseguradoras y avalistas la devolución de las cantidades anticipadas a cuenta del precio. El TS ha sentado doctrina casacional en el sentido de que «la garantía de las cantidades anticipadas no pueden subsistir si el contrato de compraventa se extingue, como en el presente caso, por mutuo disenso de comprador y vendedor antes de la fecha establecida para la entrega de la vivienda, porque según el artículo 1847 del Código Civil «la obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor», y conforme al artículo 68 de la LCS, relativo al seguro de caución, el riesgo asegurado es «el incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales contractuales»⁷³. Doctrina que entendemos vigente tras la nueva redacción dada a la devolución de las cantidades anticipadas en la construcción y compra de viviendas sobre plano por la LOSSEAR.

Otra novedad en el texto reformado es la relativa a la acción de regreso que tiene la entidad aseguradora frente al promotor-tomador por las cantidades satisfechas a los asegurados, o subrogación en los derechos que les correspondieran a estos. Sobre el tema hay posiciones encontradas, teniendo en cuenta la regulación de la LCS. La norma dice lo siguiente: «El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que les correspondan», (apart. Dos.1. letra j, disposición adicional primera, LOSSEAR). Por ello, teniendo en cuenta la literalidad de la norma, parte de la doctrina considera que esta regulación tiene carácter de Ley especial frente a la LCS, ley general. El asegurador de esta modalidad de seguro de caución no tiene ya un derecho de reembolso frente al tomador como establece el artículo 68 de la LCS, sino un derecho de subrogación⁷⁴. Sin embargo, la posición mayoritaria entiende que lo que hay es una contradicción entre la nueva regulación y el citado precepto, por cuanto que esta última no prevé la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado frente al promotor, sino un derecho de reembolso frente a este que no es lo mismo⁷⁵. Es más, sostienen que la subrogación legal no tiene sentido adicional para el asegurador porque, entre otras cosas, el crédito del comprador carecerá de ordinario de un mejor estatus de las garantías adicionales de las que se pudiera aprovechar el asegurador⁷⁶. Y, por último, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 43 de la LCS, el comprador asegurado no tiene acción contra nadie, porque no ha existido «daño material y porque la resolución del contrato con el promotor le priva de los derechos contractuales adicionales contra este, por lo que no queda nada en lo que el asegurador pudiera subrogarse⁷⁷.

Otra novedad, es la recogida en el apartado siguiente del texto reformado «En el caso de que la entidad aseguradora hubiese 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». Es evidente que de nuevo el legislador quiere proteger a las entidades aseguradoras, hasta el punto que no se sabe cómo pretende que se lleve a cabo la citada norma, y entre otras cosas porque deja muchas cuestiones en el aire (CARRASCO PERERA, 2015, 5) como ¿si se trata de una prohibición legal de disponer?, ¿Si requiere constancia en el Registro de la Propiedad?, ¿Si es oponible frente a un comprador de buena fe?, ¿Y por qué no ha de poder enajenarlo, si a la entidad aseguradora le basta para asegurarse su vía de regreso una anotación de embargo? Lo que sí está claro es que con estas limitaciones se pone freno a la especulación de viviendas.

Finalmente ha quedado zanjado, aunque no de una manera expresa, el plazo prescripción del ejercicio de la acción. Un amplio sector doctrinal y jurisprudencial⁷⁸ venía aplicando el plazo de prescripción de 15 años de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, al no considerar al adquirente de vivienda en la condición de asegurado⁷⁹; ahora el nuevo texto normativo establece «que a todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro», donde el plazo de prescripción es de dos años, despejando las múltiples interpretaciones judiciales. La reducción del plazo a dos años, si bien coherente con la LCS, es un retroceso en la protección de los compradores que anticiparon cantidades a cuenta del precio en la compra de vivienda, tal y como venían concediendo nuestros Tribunales esa constante *interpretatio pro consumatore* de la Ley 57/1968.

2. EL AVAL SOLIDARIO COMO GARANTÍA DE LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRA DE VIVIENDAS EN LA LOSSEAR

El 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 establecida es la segunda modalidad de garantía desarrollada por la LOSSEAR⁸⁰. En relación con esta garantía es donde el legislador ha creado mayor confusión al establecer una regulación divergente si la comparamos con la del seguro de caución. No somos capaces de determinar si ha sido puro despiste en la prontitud de la redacción de la norma o por dar un trato de favor a las entidades de crédito. Lo que sí podemos afirmar es que el legislador no ha sido especialmente cuidadoso en su desarrollo normativo.

Para que el aval pueda servir como garantía de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas «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, incre-

mentada en el interés del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor» [apart. Dos, 2, a) de la disposición adicional primera de la LOE. LOSSEAR].

En primer lugar, queda claro que partimos de la premisa de que si las garantías de cantidades adelantadas las presta una entidad de crédito, el aval comprenderá todas las cantidades que «deban anticiparse hasta la entrega», por lo que se desprende que el aval no tiene que ser actualizado a medida que se realicen los sucesivos pagos aplazados. Sin embargo, atendiendo al párrafo final del apartado tres de la norma entendemos que el aval ha de ser igualmente individualizado para cada adquirente por las cantidades por él adelantadas, sin que sea suficiente el aval general o la línea de avales que hasta ahora la jurisprudencia venía admitiendo como garantía suficiente para la devolución de las cantidades; concretamente, la norma establece que «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 en individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio». Esta precisión nueva pudo mejorarse si se hubiese añadido que «la no entrega del documento facultará al comprador para la resolución del contrato», tal y como lo viene afirmado la doctrina del TS. Si bien, respecto del aval, a diferencia del seguro, como vimos con anterioridad, no se dice que el avalista no desembolsará cantidad que no estuviese debidamente acreditada.

Encontramos una incoherencia interna en la Ley cuando establece que el aval deberá emitirse y mantenerse en vigor por la entidad de crédito «hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda del promotor», mientras que para el seguro exige al promotor el pago de la prima «por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente» [apartad. Dos, 2, c) de la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR)]; incoherencia que se debe resolver según lo establecido para el seguro de caución, teniendo en cuenta lo establecido en el apartado 5 en relación a la cancelación de las garantías que 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...».

El texto normativo continua afirmando que en caso de que la construcción no dé comienzo o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, previo requerimiento fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades anticipadas —incluidos los impuestos e intereses legales—, en el plazo de treinta días podrá dirigirse contra el avalista para el abono de dichas cantidades. Al igual que dijimos respecto del seguro, es positivo que el legislador

haya establecido un plazo para poder dirigirse contra el avalista. Si bien, no deja de ser sorprendente que el legislador desconozca el funcionamiento de las obligaciones solidarias, la diferencia entre la fianza solidaria, el aval a primer requerimiento y el aval solidario⁸¹. Hasta ahora se ha sostenido que la garantía es autónoma respecto del contrato principal, y que por ese motivo el garante no puede oponer las excepciones del artículo 1853 del Código Civil⁸². Sin embargo, a pesar de ser garantías autónomas, son solidarias y no subsidiarias, por lo que entiendo que no debería requerirse de manera fehaciente al promotor antes de poder dirigirse contra el avalista, pues se está contraviniendo todo el régimen normativo de las obligaciones solidarias y de la fianza solidaria de nuestro Ordenamiento jurídico⁸³.

Finalmente, y en relación con la ejecución de la garantía, el apartado cuarto de la nueva Disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), norma común para el seguro y el aval, se establece que si se concede prórroga al promotor, esta «se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda». Creo que hubiese sido más acertado añadir que «debe entregarse nueva garantía con nueva fecha, “bajo sanción de resolución”»⁸⁴.

Termina el texto normativo señalando sobre el aval que este se extinguirá pasados dos años desde el incumplimiento del promotor sin que el adquirente le haya requerido «para la rescisión del contrato», plazo que a diferencia del seguro es de caducidad. Si bien, aunque sorprende que para el seguro sea de prescripción y para el aval de caducidad, entiendo que es un plazo equilibrado si tenemos en cuenta la buena fe del comprador que se ha debatido también jurisprudencialmente⁸⁵.

Por último, no dice nada la norma sobre qué ocurre con el aval si se concede prórroga del contrato de compraventa, si arrastra o no al aval. Considero que se debe aplicar lo mismo que se ha sostenido respecto del seguro, así como toda la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1851 del Código Civil; es decir, la prórroga del contrato debería arrastrar la prórroga al aval, o si no, como he dicho en el párrafo anterior, hubiese sido más acertado exigir nueva garantía con sanción de resolución.

IV. CONCLUSIONES

I. La nueva regulación de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio en la adquisición de viviendas, en la redacción dada a la disposición adicional primera de la LOE por la LOSSEAR no viene a mejorar la posición de los compradores respecto de los garantes —Entidades de crédito y Entidades aseguradoras— sino todo lo contrario merma los derechos de compradores-consumidores fortaleciendo la posición de aquellos.

II. La derogada Ley 57/1968, establecía que los derechos que se le otorgaban a los cessionarios, es decir a los compradores de las viviendas en construcción, tenían el carácter de irrenunciables, mientras que en la nueva redacción dada a la disposición adicional primera de la LOE (LOSSEAR), desaparece, lo que resulta inexplicable teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha proclamado hasta la saciedad el carácter de los mismos, protegiendo al consumidor frente a los incumplimientos del promotor o de las entidades garantes.

III. En el nuevo texto normativo el legislador ha querido proteger a las entidades aseguradoras y financieras tras las últimas sentencias de nuestro Alto Tribunal, pues se les venía exigiendo prácticamente una responsabilidad objetiva rayando el principio de seguridad jurídica.

IV. Con la exigencia de la póliza individual emitida por la entidad aseguradora, una vez que ya se ha individualizado el comprador tras la conclusión del contrato de compraventa, se puede afirmar que quiebra la doctrina del TS en la que se establecía que la devolución de las cantidades anticipadas quedaba garantizada desde la constitución de la póliza colectiva. En consecuencia, lo único que conseguirá el legislador con esta reforma es que el adquirente ahora tenga que encargarse de ir actualizando la póliza a medida que ingresa cantidades en la cuenta especial.

V. En cuanto a la extensión de la garantía y las cantidades indemnizables por la entidad aseguradora, la LOSSEAR, en concordancia con la doctrina del TS, establece que la póliza del contrato de seguro comprende todas las cantidades contempladas en el contrato, aun cuando la póliza se emita por cantidad inferior. Si bien, aunque el seguro de caución garantizará todas las cantidades desde la fecha en que la mismas se entreguen, no podemos olvidar que ahora la garantía solo será exigible desde que se obtenga la licencia de edificación por el promotor, lo que pone de manifiesto que la nueva regulación no soluciona las situaciones de inseguridad jurídica a la hora de asegurar las cantidades anticipadas en las fases iniciales de los proyectos.

VI. En relación a las cantidades que serán objeto de devolución por parte de la entidad aseguradora, con la nueva regulación el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas («en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado»), carga probatoria que de nuevo limita la responsabilidad del garante, puesto que a partir de ahora le corresponde al adquirente de la póliza individual actualizarla cada vez que realiza una nueva aportación.

VII. En torno a la polémica a si la prórroga del contrato de compraventa arrastra la del seguro, haya o no pago de nueva prima, y si es oponible por parte de la aseguradora, el texto no lo exige con carácter imperativo sino dispositivo, por lo que hubiese sido mejor utilizar el verbo «deberá», al estar en consonancia con las obligaciones establecidas en la norma y con el carácter irrenunciable de estos derechos. Asimismo, en el apartado cuarto de la disposición primera de

la LOE (LOSSEAR), relativo a la ejecución de las garantías, debería haberse incluido la obligación de entregar nueva garantía bajo sanción de resolución cuando establece que «...o conceder al promotor prórroga que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda».

VIII. Con la pérdida de la ejecutividad de la póliza o del aval bancario establecida en el párrafo segundo del artículo 3.2.º de la Ley 57/1968, manifestar que el legislador «olvida» una de las ventajas más interesantes que ofrecía al adquirente la anterior regulación de la materia.

IX. En cuanto a las excepciones oponibles por parte de la entidad aseguradora frente al asegurado comprador de la vivienda, la nueva redacción prevé que le corresponde al tomador del seguro (promotor) realizar el pago de la prima por todo el periodo del seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase cooperativa o instrumento jurídico equivalente. Por tanto, el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que le puedan corresponder contra el tomador del seguro, señalando que la falta de pago de la prima por el promotor no será en ningún caso, excepción oponible. Esta nueva regulación es fruto de la doctrina sentada por parte de nuestro TS en relación al carácter autónomo de las garantías y a la no aplicación del artículo 1853 del Código Civil.

X. La reducción del plazo a dos años, de prescripción para el seguro de caución y de caducidad para el aval solidario, si bien cohonesta con la LCS, es un retroceso en la protección de los compradores que anticiparon cantidades a cuenta del precio en la compra de vivienda, tal y como venían concediendo nuestros Tribunales constante *interpretatio pro consumatore*n de la Ley 57/1968.

XI. Respecto de la regulación del aval, encontramos incoherencia interna en la LOSSEAR en cuanto a la vigencia del seguro de caución y del aval, entendiendo que la vigencia de este último debe mantenerse hasta que se expida la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento equivalente. Y que al ser el plazo de dos años de caducidad respecto del aval, podrían entenderse un plazo equilibrado teniendo en cuenta la buena fe del comprador, pero qué duda cabe que se perjudica de nuevo al consumidor.

V. BIBLIOGRAFÍA

Blog de Notin. Publicado 27 de mayo de 2015. <http://notin.es/el-ts-cambia-su-interpretacion-de-art-3-ley-57/1968-resolucion-de-la-CV-de-vivienda-por-mero-retraso-en-su-entrega>.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). Las garantías del comprador por las cantidades anticipadas para la construcción, *Derecho privado y Constitución*, núm. 6, 9-42.

CASADO CASADO, B. (2016). Percepción de cantidades a cuenta en la compraventa de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía, *Indret, (Revista para el análisis del Derecho)*, 1-22.

CARRASCO PERERA, A. (2015). Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades anticipadas en la compra de vivienda, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2015/24/pdf>.

CARRACO PERERA, A., y ALMARCHA JAIME, J. (2016). El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR), *Ánalisis GA&P*, 1-8.

CARRIÓN, S. (2000). Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, ed. Universidad de Almería, vol. I, 311-360.

DE CASTRO, M. L. (2016). Costaluz Lawyers. https://static.comunicae.com/files/notas/2016/04/1143704/1461257351_NOTA_DE_PRENSALEY_57_1968_SUPREME_COURT_APRL_2016.pdf.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2015). Cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción, *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-mercantil*, núm. 9, 1-7.

EMBRID IRUJO, J. M., (1992). Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala Primera) de 30 de julio de 1991», *Diario La Ley*, tomo I, Leydigital360, *La Ley* 177737/2001, 1-4.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009). Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato; *Diario La Ley*, núm. 7210, 1-15.

FERNÁNDEZ MANZANO Y RUIZ ECHAURI, *Comentarios a la LOSSEAR*, 2015.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2015). Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 en la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015, en *RDP*, 23-74.

GARCÍA ABURUZA, M.ª P. (2016). Sobre cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 1, 1-9.

GUALDE CAPÓ, P., y MONTES JIMÉNEZ, M. (2015). La limitación de la responsabilidad de las entidades financieras ante el incumplimiento de la promotora en atención a la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas y venta de viviendas. Comentario a la Sentencia 279/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de fecha 23 de julio de 2014, confirmatoria de la Sentencia 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia num. 5, Valencia, de fecha 14 de enero de 2014, en *Práctica contenciosa para Abogados, La Ley* 4056/2015, 1-9.

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID. NORMATIVA. (2017). *Recopilación de criterios de admisión de la Sala en los recursos por Interés casacional: Interés casacional y Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*. Madrid, 1-8.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (2000). Principio de accesoriedad en la fianza solidaria, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, ed. Universidad de Almería, vol. II, 987-1007.

MALDONADO MOLINA, F. J. (2011). Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compraventa de

viviendas, en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*» núm. 27, 10-24.

MARÍ FARINÓS, J., y MUÑOZ PÉREZ, D. (2017). Regulación y jurisprudencia en materia de percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución, *AC*, núm. 2, La Ley digital 360, *La Ley 1224/2017*, 1-9.

MARTINEZ CATALÁ, R. (2015). *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, Tesis doctoral, 3-511.

MONDEJAR PEÑA, M. I. (2007). El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, *RJUAM*, núm. 16, 209-221.

MONSERRAT VALERO, A. (2017). *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi.

PÉREZ VELASCO, J. R. (2014). Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; Sala&Abogados, blog.

PEREZ VEGA, A. (2016). Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compraventa de vivienda, *RDP*, 1-15.

RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS (2016). Newsletter. Garantías sobre las cantidades a cuenta del precio durante la construcción de viviendas, 1-4.

RUBIO TORRANO, E. (2017). Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos, *Revista Doctrinal, Aranzadi Civil-mercantil*, 1-3.

SALAS CARCELLER, A. (2016). Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compraventa de viviendas, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm, 6, 1-4.

SANZ ACOSTA, L. (2013). Calificación del seguro de caución sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de la Ley 57/1968. Análisis de la STS de 13 de septiembre de 2013, *Actualidad Civil*, núm. 12, tomo 2, 1461, La Ley digital 360, *La Ley 87/2013*, 1-3.

SAN ACOSTA, L. (2014). Naturaleza autónoma del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968, para garantizar las cantidades anticipadas en la compra-venta de vivienda futura. A propósito de la STS de 7 de mayo de 2014, *Actualidad Civil*, núm. 10, La Ley digital 360, *La Ley 5736/2*.

Sala&abogados en blog: Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (2014). *014*, 1-5.

SILLERO CROVETO, B. (2016). La protección del comprador de vivienda. Ley 57/1968 versus disposición adicional primera LOE, vol. III, núm 3, 51.

TIRADO SUÁREZ, F. J. (2016). Estudios sobre el carácter ejecutivo de la póliza de seguros de caución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, *RGD*, núm. 504, 3871-38887.

VARAS, L. (2016). Protección de los consumidores, *AC*, núm. 10, Sección Protección de los consumidores, 1.26.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2013). ¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas?, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 49, 2014, 25-36.

VI. JURISPRUDENCIA

- STS de 8 de marzo de 2001
- STS de 25 de octubre de 2011
- STS de 10 de diciembre de 2012
- STS de 5 de febrero de 2013
- STS de 11 de abril de 2013
- STS de 3 de julio de 2013
- STS de 19 de julio de 2013
- STS de 13 de septiembre de 2013
- STS de 6 de enero de 2014
- STS de 13 de enero de 2014
- STS de 16 de enero de 2014
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 29 de enero de 2014
- STS de 3 de marzo de 2014
- STS de 30 de abril de 2014
- STS de 7 de mayo de 2014
- STS de 23 de mayo de 2014
- STS de 25 de noviembre de 2014
- STS de 16 de enero de 2015
- STS de 20 de enero de 2015.
- STS de 23 de marzo de 2015
- STS de 22 de abril de 2015
- STS de 18 de junio de 2015
- STS de 23 de julio de 2015
- STS de 9 de septiembre de 2015
- STS de 15 de septiembre de 2015
- STS de 23 de septiembre de 2015
- STS de 19 de octubre de 2015
- STS de 21 de diciembre de 2015
- STS de 30 de diciembre de 2015
- STS de 3 de marzo de 2016
- STS de 9 de marzo de 2016
- STS de 17 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 22 abril de 2016
- TS (Auto) 25 de abril de 2016
- STS de 4 de mayo de 2016
- STS de 29 de junio de 2016
- STS de 12 de septiembre de 2016
- STS de 14 de septiembre de 2016

- STS de 23 de septiembre de 2016
- STS de 24 de octubre de 2016
- STS de 16 de noviembre de 2016
- STS de 21 de diciembre de 2016
- STS de 18 de enero de 2017
- STS de 2 de febrero de 2017
- STS de 8 de febrero de 2017

NOTAS

¹ *BOE*, núm 168, de 15 de julio de 2015. REF. *BOE-A-2015-7897*. Texto consolidado. Última modificación: 2 de octubre de 2015.

² Esta reforma opera desde el 1 de enero de 2016, y solo afecta a los expedientes de construcción de viviendas a partir de esa fecha. Desde el año 2008 en España, y debido a la crisis del sector inmobiliario, este ha visto paralizada su expectativa constructiva, por lo que no hemos podido observar cuál es el impacto de la nueva regulación.

³ Disposición adicional primera de la LOE antes de la reforma por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras: *La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirán 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. b) La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en cuenta especial prevista y 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. d) Las multas por incumplimiento a que se impondrán por las Comunidades Autónomas, en cuantía, por cada infracción, de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o por lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.*

⁴ *BOE-A-1968-909*, de 29 de julio de 1969.

⁵ Esta Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas contó con diversas normas de desarrollo como la Orden de 5 de octubre de 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que nos sean de protección oficial; la Orden de 29 de noviembre de 1968, reguladora del seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para su construcción; el Decreto 31114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de viviendas; el Decreto 3115/1968, de 12 de diciembre, por el que se fija procedimiento para exceptuar a los organismos de carácter oficial del régimen establecido en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas.

⁶ Sonado fue el caso de la constructora «Construcciones Esperanza, S.L.» en el año 1967, que afectó a 10,615 personas en ámbito territorial muy extenso, implicando a adquirentes de diferentes provincias del territorio nacional *vid. SILLERO CROVETO, B.*, La protección del comprador de vivienda. Ley 57/1968 57/1968 *versus* disposición adicional primera LOE, vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016), 51; ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009) Compraventa de viviendas en construcción, cantidades anticipadas y resolución del contrato; *Diario La Ley*, núm. 7210, 2.

⁷ En el artículo 1, se reguló por primera vez la obligación legal de garantizar la percepción de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de viviendas, estableciéndose que: «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 pretenda obtener de los cessionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las siguientes condiciones:

1. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 del interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por la Entidad aseguradora inscrita y autorizada por 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.

2. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad bancaria o caja de ahorros en las que habrán 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 la que se refiere la condición anterior.

Y el artículo 3 de la Ley 57/1968, establecía que:

«Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cessionario podrá optar entre la rescisión del contrato con la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas por el 6 por 100 de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

El contrato de seguro o aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la LEC, para exigir al asegurado o avalista la entrega de las cantidades a que el cessionario 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 cessionario con arreglo a la legislación vigente».

⁸ El Abogado J. DE CASTRO, del Gabinete COSTALUZ LAWYERS afirma que —España es exclusiva entre todos los países de la Unión Europea en cuanto a la existencia de esta Ley que protege las entregas a cuenta de compradores sobre plano. La aplicación que los jueces y tribunales españoles están haciendo de esta Ley está siendo estricta y categórica, hasta las más altas instancias judiciales, el Tribunal Supremo, que está produciendo jurisprudencia cara y contundente a favor del consumidor—. https://static.comunicae.com/files/notas/2016/04/1143704/1461257351_NOTA_DE_PRENSALEY_57_1968_SUPREME_COURT_APRILO_2016.pdf

⁹ Así lo ha puesto de manifiesto el TS en las Sentencias de 20 de enero de 2015 (Roj. 429/2015) y 30 de abril de 2015 (Roj. 1930/2015).

¹⁰ La disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (BOE de 9 de noviembre de 1999), señaló en relación a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción que: «a) La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de vivienda, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa».

¹¹ GALLEGOS DOMÍNGUEZ, I. (2016), Los intereses en la restitución de anticipos en el sistema protector del adquirente de vivienda sobre plano. De la Ley 57/1968 en la Ley de Ordenación de la Edificación reformada por la Ley 20/2015, en *RDP*, (noviembre-diciembre, 2015), 32. SILLERO CROVETTO, B. (2016), La protección del comprado de vivienda. Ley 57/1968 *versus* disposición adicional primera de la LOE, *Revista de Derecho civil*, vol. III, núm 3, 57.

¹² PÉREZ VELASCO, J. R. (2014), Responsabilidad de la entidad financiera por incumplimiento de la Ley 57/68 sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; Sala&Abogados, blog.

¹³ Con la disposición adicional primera de la LOE, versión original (*BOE* de 6 de noviembre de 1999), se modificó el seis por ciento de interés anual para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido por el interés legal del dinero, tal y como ya venía estableciendo la jurisprudencia.

¹⁴ En este sentido, y ahondando en la esencialidad de la constitución de las garantías por el promotor de las viviendas, la STS de 23 de mayo de 2014 concluye que «el incumplimiento por la sociedad promotora de la obligación de garantizar al comprador las cantidades entregadas anticipadamente en caso de resolución del contrato de compraventa, constituye un incumplimiento de una obligación de la sociedad, que es imputable a los administradores, por negligencia, en el ejercicio de sus funciones en el cargo, actuando como órgano social, que ha producido un daño al comprador que, al optar, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 57/1968, entre la prórroga del contrato o el de la resolución con devolución de las cantidades anticipadas, no puede obtener la satisfacción de esta última pretensión al no hallarse garantizadas las sumas entregadas. Añadiendo que el incumplimiento de una norma sectorial, de *ius cogens*, cuyo cumplimiento se impone como deber del administrador, en tanto que deber de diligencia, se conecta con el ámbito de sus funciones (arts. 225, 226, 236 y 241 LSC), por lo que le es directamente imputable» (*RJ* 2014, 2943).

¹⁵ MARÍ FARINÓS, J., y MUÑOZ PÉREZ, D. (2017), Regulación y jurisprudencia en materia de percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción y su devolución, *AC*, núm. 2, La Ley digital 360, La Ley 2017, 1224, 4 y 5.

¹⁶ MONDEJAR PEÑA, M.ª I. (2007), 212. Al respecto pueden verse las SSTS de 7 de junio de 1983 (*RJ* 1983, 3450), 25 de octubre de 1985 (*RJ* 1985, 4961); 23 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1720), 30 de diciembre de 1998, 9984.

¹⁷ PÉREZ VELASCO, J. R. (2000), 3. En cuanto a la exigencia de cuenta especial y la relevancia que ha de darse a su omisión, la jurisprudencia de la Sala Primera (SSTS de 13 de enero de 2015, Roj. 275/2015 y 30 de abril de 2015, Roj: 1930), ha concluido que «La ley impone al promotor la obligación de depositar en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador (...). 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 irrenunciables el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecerse 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».

¹⁸ STS 733/2015, de 21 de diciembre (rec. 2470/2012). Esta sentencia ha sido ratificada por STS Pleno 789/2014, de 30 de abril de 2015(rec. 520/2013), STS 142/2016, de 9 de marzo (rec. 2648/2013); STS 174/2016, de 17 de mayo (rec. 2695/2013); STS 226/2016, de 8 de abril (rec. 2750/2013).

¹⁹ STS Pleno 781/2014, de 16 de enero (rec. 2336/2013).

²⁰ La STS 212/2001, de 8 de marzo, establece que «La obligación de depositar las cantidades entregadas en cuenta especial no es del comprador sino del promotor. Finalidad tutiva y carácter imperativo del artículo 1 de la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas con independencia de su ingreso en cuenta especial de la entidad». En el mismo sentido, STS Pleno 779/2014, de 13 de abril (rec. 520/2013), STS 780/2014, de 30 de abril (rec. 520/2013), STS 733/2015, de 21 de diciembre (rec 2470/2012).

²¹ STS de 3 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 5913); STS de 7 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3126); STS de 13 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 353).

²² GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2015), 34.

²³ CASADO CASADO (2016), 10; y, SALAS CARCELLER, A. (2016), Garantía de devolución de las cantidades anticipadas por el comprador en la compra-venta de viviendas, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm, 6, 1-4.

²⁴ En este sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. N., citados por MARTÍNEZ CATALÁ, R., exponen que «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 caso fortuito que imposibilite el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es esta la obligación cuyo cumplimiento garantiza, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los artículos 1182 y 1184 del Código Civil», en *Cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas*, (Tesis doctoral), 2015, 275-276.

²⁵ En este sentido la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3.^a), núm. 13/2014 de 15 de enero *JUR* 2014, 440677, reiterando lo expuesto en la sección segunda de la misma Audiencia Provincial en las 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. 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”».

²⁶ Interesante el comentario disidente a la STS (Pleno Sala Primea) de 13 de septiembre de 2013 realizado por YZQUIERDO TOLSADA (2013) en el que realiza un estudio sobre el funcionamiento de los Seguros de Tramo I y II (art. 68 LCS), así como su diferencia con las póliza individuales de los seguros de afianzamientos de la Ley 57/1968; sostiene que el Alto Tribunal se equivoca al sentar una doctrina con un marcado carácter expansivo y que no se puede obligar a un asegurador a atender un tipo de siniestro diferente a aquel para el que fue concebido y contratado haciéndolos instrumentos de ingeniería social, de redistribución de las rentas o de pura justicia distributiva, 28.

²⁷ CARRASCO PERERA, A., y ALMARCHA JAIME (2016), El nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOS-SEAR), 2; SILLERO CROVETTO, B., (2016), 54 y 55.

²⁸ FERNÁNDEZ MANZANO Y RUIZ ECHAURI, (2015), consideran que «seguiremos con una gran inseguridad jurídica hasta el momento en que se obtenga la licencia de edificación, lo que puede repercutir en una falta de oferta de estos productos en el mercado, en la consiguiente fase de competencia y en una elevación de precios que finalmente redundará en perjuicio de los adquirentes de viviendas que es precisamente a quienes se trata de proteger», en *Comentarios a la LOSSEAR*, 107 citado por SILLERO CROVERO, *op. cit.*, 76 y 77.

²⁹ STS de 8 de agosto de 2001 (Roj: 1843/2001) afirma que «La motivación esencial y social de la Ley 27 de julio de 1968 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 del constructor...».

³⁰ Blog de Notin. Publicado 27 de mayo de 2015. <http://notin.es/el-ts-cambia-su-interpretación-de-art-3-ley-57/1968-resolución-de-la-CV-de-vivienda-por-mero-retraso-en-su-entrega>.

³¹ En este sentido las SSTS de 19 de julio de 2013 (Roj. 4423/2013), 5 de mayo de 2014 (Roj. 2038/2014) y 19 de diciembre de 2014 (Roj.5377/2014).

³² Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculte 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...

³³ ESTRUCH ESTRUCH, J. (2009), Compra-venta de vivienda en construcción, cantidades anticipadas del contrato, *Diario la Ley*, 5.

³⁴ Roj. 1051/2013.

³⁵ Tal y como afirma el STS de 21 de julio de 2014. Doctrina repetida en las sentencias de 28 de mayo de 2014, y más recientemente en la STS de 9 de marzo de 2016 (Roj. 976/2016), en la que «la vivienda se encontraba terminada cuando el comprador fue requerido para otorgar la escritura, pero sin embargo no en disposición administrativa de ser entregada, y ello no por deficiencias de habitabilidad sino urbanísticas (...).»

³⁶ SILERO CROVETTO (2016), 60 y 61.

³⁷ ESTRUCH ESTRUCH, J (2009), 11 afirma que con independencia de las consecuencias que dicho incumplimiento del promotor-vendedor pueda producir en el ámbito administrativo o penal, también podrá producir alguna consecuencia en el ámbito civil, en relación con el contrato de compraventa de vivienda que ha celebrado con el comprador que anticipó las cantidades. Nos encontramos ante un contrato, el de compraventa, con obligaciones recíprocas para las partes contratantes, independientemente entre sí, y, por lo tanto, respecto del que puede ser aplicada la excepción de contrato incumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), p. 11.

³⁸ Las STS de 15 de noviembre de 1999 (La Ley 2000, 4235); SAP de Málaga de 24 de enero de 2008 (La Ley 2008, 99111); SAP de Granada de 17 de febrero de 2006 (La Ley 2006, 49641); SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2008 (La Ley 2827262).

³⁹ RJ 2013, 3490. En el mismo sentido SSTS de 25 de octubre de 2011 (RJ 2012, 433), 10 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 914), 11 de abril de 2013 (RJ 2013, 3490), 19 de julio de 2013 (Roj. 2013, 4423) 7 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3126), STS 25/2013, de 5 de febrero (rec. 1410/2010), STS 221/2013, de 11 de abril (rec. 1637/2010), STS 40/2014, de 29 de enero (rec. 1563/2011), STS Pleno 218/2014, de 7 de mayo (rec. 828/2012), STS 759/2014, de 6 de enero (rec. 3212/2012), STS Pleno 778/2014, de 20 de enero (rec. 196/2013), STS Pleno 780/2014, de 30 de abril (rec. 520/2013), STS 501, de 15 de septiembre (rec. 152/2013).

⁴⁰ El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para los promotores constituye una modalidad del seguro de caución, en la que el tomador del seguro es la persona física o jurídica que realiza una promoción de viviendas, y los asegurados son los compradores de dichas viviendas. De conformidad con el artículo 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contratos de Seguro, por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato y que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro; véase a MONDÉJAR PEÑA, M. I., El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas, *RJUAM*, (2007-II), núm. 16, 216 y 217.

⁴¹ RJ 2015, 4020.

⁴² En el mismos sentido véase el Comentario a la Sentencia 279/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Undécima, de fecha 23 de julio de 2014, confirmatoria de la Sentencia 5/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia de fecha 14 de enero de 2014, realizado por GUALDE CAPÓ, P., y MONTES JIMÉNEZ, M. (2015), La limitación de responsabilidad de las entidades financieras ante el incumplimiento de la promotora en atención a la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en *Práctica contenciosa para abogados*, ed. La Ley, 1-9.

⁴³ En el mismo sentido las SSTS de 24 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4971), 16 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5104/2016), 21 de diciembre 2016 (RJ 2016, 5919); Auto del TS de 23 de abril de 2016 (JUR 2016, 96413), STS 360/2016 de 1 de junio; STS 706/2011 de 25 de octubre; STS 436/2016 de 29 de junio; SAP Cádiz de 9 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 258500).

⁴⁴ La Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, diseño lo que entonces se llamó «seguro de afianzamiento», y hoy conocemos como seguro de caución bajo la forma de seguro colectivo, en el que el grupo asegurado es el «conjunto constituido por los aseguradores adquirentes de una determinada finca o de una unidad orgánica de viviendas (art. 2 *in fine*). Y lo que generalmente se conoce en los seguros colectivos o de grupo como certificado individual, que la Orden de 1968 lo llamó de manera equívoca «Póliza individual», aunque en la práctica en algunos contratos de seguro de afianzamiento se utilizan las expresiones «certificado individual» y «Póliza colectiva»; de este modo la Orden, actualmente derogada, acogía un sistema que se ha dado en llamar «sistema de doble póliza»: «Póliza colectiva» suscrita por el tomador (promotor, vendedor o cedente), y «Póliza individual», suscrita por el asegurado (adquirente o cessionario).

⁴⁵ Igualmente CASADO CASADO, B. (2016), 7.

⁴⁶ En este sentido se ha pronunciado CARRASCO PERERA, A. (2015), afirmando que «los proponentes deben sentirse muy satisfechos —presumiendo que la cosa no sea más que cinismo— por haber suprimido la póliza global de caución y exigido en su lugar que la aseguradora emita pólizas individuales, una por cada adquirente. Varias veces enfatizan la conquista en la motivación de la Enmienda, según se dice, los consumidores de vivienda estaban “desprotegidos”, con la normativa y *praxis* actual». Pero se trata de una sandez, presupuesto, como digo, que no se limite a ser un ejercicio de cinismo. Una vez más la jurisprudencia, que los proponentes ignoran, en el mejor de los casos, ha negado la virtualidad de la exigencia de pólizas individuales, a pesar de los textos normativos previgentes. Una vez que los particulares han hecho los pagos, y el promotor había concertado la póliza global, ya no solo se exigía de hecho más, y no se cargaba sobre las espaldas del comprador seguimiento y control de pólizas individuales que tendrían que actualizarse sucesivamente a medida que se hicieran pagos. Es asombroso además la inconcreción en que queda el extremo fundamental de si la póliza individual debe actualizarse a medida en que realizan los pagos («la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades previstas anticipadas») o si se garantiza en abstracto la cantidad contratada, pero el comprador ha de probar en su reclamación cuáles fueron las cantidades efectivamente adelantadas («en ningún caso será indemnizables las cantidades que no se acrediten que fueron aportadas por el asegurado»); en *Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda*, en *Centro de Estudios de Consumo*; <http://www.ckm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2015/24/PDF>.

⁴⁷ La Orden de 29 de noviembre de 1968, actualmente derogada, obligaba a las entidades aseguradas que practicasen este seguro de caución o de afianzamiento a hacerlo en la modalidad de seguro colectivo o de grupo y cuya cobertura —documentada en el correspondiente certificado individual— estaba supeditado a que el tomador del seguro colectivo comunicase al asegurador la celebración del contrato y las cantidades anticipadas; disponiendo la Orden que a medida que los asegurados vayan quedando incorporados al contrato se deben extender las respectivas pólizas individuales de seguro, que han de reproducir las estipulaciones contenidas en el contrato colectivo (art. 5).

⁴⁸ MALDONADO MOLINA, F. J. (2011), *Póliza colectiva y póliza individual en el seguro de caución para la devolución de cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas*, en *Revista de la Asociación Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 27, 11.

⁴⁹ La STS de 23 de septiembre 2015 (Roj. 3870/2015), en atención a la finalidad tuitiva de la Ley 57/1968, recientemente resaltada por la Sala, que exige el aseguramiento o afianzamiento de las cantidades entregadas a cuenta y a que se ha convenido una garantía colectiva para cubrir las eventuales obligaciones de devolución de la promotora de las cantidades percibidas de forma adelantada de los compradores, cuya copia ha sido entregada junto con los contratos de compraventa, es posible entender cubierto el riesgo, sin que antes se haya emitido un aval, respecto de lo que no tiene responsabilidad el comprador. No debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certificados o avales individuales.

Por ello, podemos entender en estos casos que i) al concertar el seguro o aval colectivo la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasa a cubrir la eventualidad garantizada, que es la obligación de restitución de las cantidades percibidas junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía, ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores legítima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado a esas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva.

⁵⁰ La versión original del último apartado del artículo 2 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, establecía 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».

⁵¹ Sobre el tema véase MONDÉJAR PEÑA, M.I. (2007), 213.

⁵² MALDONADO MOLINA, F. J. (2011), 12.

⁵³ MONDÉJAR PEÑA. M. I. (2007), 217; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2013), ¿Qué cubren en realidad los seguros de caución para la construcción en las cooperativas de viviendas), un comentario disidente a la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno Sala), de 13 de septiembre de 2013, 34 y 35.

⁵⁴ Entre ellos destacamos a ESTRUCH «únicamente estarán garantizadas la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente por los compradores cuando la compañía de seguro haya emitido la correspondiente póliza individual respecto de cada uno de ellos»; CAMACHO DE LOS RÍOS, en relación a la no emisión de certificados individuales afirma que «sería más difícil sostener que los cesionarios quedan cubiertos por las existencias de la póliza colectiva —previa siempre a los certificados individuales— pues tal posibilidad choca además con lo establecido en la legislación específica de este seguro, con los elementos esenciales del contrato de seguro: bilateralidad, deber de comunicación del riesgo, importe de la prima, pago de la prima... etc. En especial, con el hecho fundamental de que el asegurador no conoce la entidad del riesgo ni su importe económico»; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, «dificilmente se puede admitir que dicha póliza colectiva pueda servir como título ejecutivo; todos ellos citados por MALDONADO MOLINA, (2011), 19-21.

⁵⁵ Lo mismo establecía la Orden 29 de noviembre de 1968 (4. Letra b).

⁵⁶ STS de 7 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3126), «No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza del seguro, pues la misma, al constatar se efectuaba al amparo de la Ley 57/1968, que obligaba a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores... La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregadas por los compradores. En el mismo sentido STS de 30 de abril de 2014 (RJ 2015, 2017) y 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 5931) señalando que «En tercer lugar, acerca del importe cubierto por el seguro se ha declarado que comprende todas cantidades entregadas a cuenta del precio; es decir, aunque la póliza del seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/1968 y el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (STS de 3 de julio de 2013, rec 254/2011); STS 226/2016, de 8 de abril (rec 2750/2013).

⁵⁷ Sobre el seguro de caución y los seguros de Tramo I, véase SANZ ACOSTA, L. (2013), Calificación del seguro de caución sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción de la Ley 57/1968. Análisis de la STS de 13 de septiembre de 2013, *Actualidad Civil*, núm. 12, 1461. *La ley digital 360*, (La Ley 2013/8732).

⁵⁸ CARRASCO PERERA y ALMACHA J. (2016), 2.

⁵⁹ STS de 3 de marzo en 2014 (*RJ* 2014, 1425), «Es cierto que la característica del aval al primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (a diferencia de la fianza), en el que obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato principal (...), de modo que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma (...). Pero lo anterior no es óbice para que, como se explica en la doctrina, siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los artículos 1851 y 1852 del Código Civil. Para que no fuera oponible la causa prevista en el artículo 1851 del Código Civil, sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en el caso (...). Pero esta interpretación, como sostiene por una parte de la doctrina, debe atemperarse en atención del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le pueda deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeoraría la situación económica del deudor e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso en estos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el artículo 1851 del Código Civil solo tiene sentido en cuanto que protege la vía subrogatoria, y siempre que esta sea procedente en beneficio del fiador”. A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que en nuestro caso no se cumple el presupuesto que justifica la regla contenida en el artículo 1851. La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del *solvens*, que en última instancia estaría supeditada al cumplimiento definitivo, sino que, como trata de argumentar la Audiencia, en este caso la prórroga beneficia al fiador, pues, aunque no le vincule la noción, esta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar aplicarse la pena pactada al periodo comprendido entre el 14 de abril de 2008 y el 1 de diciembre de 2008. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo de la entrega de la obra que beneficia no solo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez constatada la duración del retraso, puede legitimar al fiador para liberarse de la fianza».

⁶⁰ STS de 3 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1425).

⁶¹ CASADO CASADO (2016), p. 8; SILLERO CROVETO (2016), 80; CARRASCO PERERA (2015), 3.

⁶² La STS de 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4264), señala que incumbe al asegurador probar las circunstancias que hacen nacer el siniestro que da origen a la indemnización.

⁶³ Sobre las formalidades legales para reclamar la devolución de las cantidades anticipadas al promotor y a la compañía aseguradora véase PÉREZ VEGA, A. (2016) Algunas consideraciones tras la reforma legal en sede de la obligación del promotor de garantizar las cantidades entregadas a cuenta del precio para la compraventa de vivienda, *RDP*, 13.

⁶⁴ «El contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en el título XV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley».

⁶⁵ PÉREZ VEGA, A. (2016), 12.

⁶⁶ MARTÍNEZ CATALÁ, R. (2015), 325.

⁶⁷ *RJ* 2014, 3126.

⁶⁸ *RJ* 2015, 1357.

⁶⁹ En el mismo sentido, véase SANZ ACOSTA, L. (2014), *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 de la STS de 7 de mayo de 2014)*, *Actualidad Civil*, núm. 10, La Ley digital 360, La Ley 2014/5736.

⁷⁰ STS de 7 de mayo de 2014 (*RJ* 2014, 3126), «Examinado por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución como antes dijimos. Por este reforzamiento de la garantía establece el artículo 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 no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil. El artículo 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 incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas». SSTS de 25 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1357) de 3 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1425), 19 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4847), SAP Zaragoza de 24 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 114218); SAP Badajoz de 23 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 1465).

⁷¹ CASADO CASADO (2016), 7; SILLERO CROVETTO (2016), 79; CARRASCO y ALMACHA (2016), 5.

⁷² Roj: ATS 238/2017. En el mismo sentido, STS de 8 de febrero de 2017 (Roj: STS 373/2017); STS527/2016, de 12 de septiembre. Sobre esta última se puede ver los comentarios que realizan RUBIO TORRANO, E., (2017), *Anulabilidad de compraventa de vivienda futura por error en el consentimiento con ocultación de vicios urbanísticos*, *Revista Doctrinal, Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 2, 1-3; y, GARCÍA ABURUZA, M.^a P. (2016) *Sobre cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas: la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2016*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 1-9.

⁷³ STS de 23 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1158). En el mismo sentido, SSTS de 19 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4847), 23 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3513), 4 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2444).

⁷⁴ Fernández Manzano y Ruiz Echauri (Coord.), *Comentarios a la LOSSEAR*, Hogan, Lovells, Madrid, 2015, citado por SILLERO CROVETTO (2016), 81.

⁷⁵ Entre otros, PÉREZ VEGA, A. (2016), 14.

⁷⁶ Sobre el derecho de regreso o la subrogación del deudor solidario, véase CARRIÓN, S. (2000), *Apuntes doctrinales en torno a la subrogación del deudor solidario*, *Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, Volumen I, 311-360.

⁷⁷ CASADO CASADO (2016), 8; MONDEJAR PEÑA (2007); CARRASCO y ALMACHA (2016), 5.

⁷⁸ STS de 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 278); TS (Auto) 11 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 271815).

⁷⁹ La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, ha modificado el artículo 1964 reduciendo dicho plazo a 5 años.

⁸⁰ MONSERRAT VALERO (2017), es su estudio sobre *El Contrato de Fianza y el aval a primer requerimiento*, analiza el aval como figura distinta de la fianza, señala que en nuestra jurisprudencia encontramos una figura jurídica de garantía, que denominan aval (no es el aval a primer requerimiento), distinta de la fianza. Concretamente la STS de 7 de diciembre de 1968 (*RJ* 1968, 5478) donde se señala que «la doctrina moderna admite el aval, no solo como afianzamiento propio de contrato de cambio, sino en un sentido más amplio, como un contrato

de garantía otorgándole carácter solidario siempre que se contraiga en términos generales y sin consignar expresas limitaciones o excepciones, (Cdo. 9)», 95-96.

⁸¹ Sobre la solidaridad del aval y la fianza solidaria, así como el aval requerimiento, véase MONSERRAT VALERO (2017), 723-731.

⁸² *Vid.* EMBRID IRUJO, J. M. (1992), *Aval, fianza y seguro de caución. Comentario a la STS (Sala Primera) de 30 de julio de 1991, Diario La Ley*, 515. *La Ley digital* 360, La Ley 17737/2001.

⁸³ *Vid.* LÓPEZ SAN LUIS, R., (2000), *Principio de accesoriedad en la Fianza solidaria, Homenaje al Prof. Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, 987-1007; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2015), sostiene sobre el carácter solidario del aval que se constituyen en garantía de la devolución de las cantidades anticipadas, por aplicación del artículo 1822.2.º del Código Civil, el fiador solidario puede ser demandado directamente por el comprador, con independencia de que no lo sea la promotora afianzada, desaparece la subsidiariedad de una fianza normal», en «cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción»., *Revista Doctrinal Aranzadi, Civil-mercantil*, núm. 9, 5.

⁸⁴ CARRASCO PERERA y ALMACHA (2016), considera que «es una exigencia absurda que el promotor deba consentir la prorroga en una cláusula adicional. Es claro que esta exigencia es innecesaria respecto del promotor y del comprador e insuficiente frente al garante, pues será él y no el promotor el que deba consentir la prorroga», 7.

⁸⁵ STS de 20 de enero de 2014, (*RJ* 2015, 361).

(Trabajo recibido el 16-5-2017 y aceptado para su publicación el 6-6-2017)