



RÉGIMEN PROYECTADO DE GARANTÍAS DE CANTIDADES ENTREGADAS A CUENTA DEL PRECIO EN COMPRAS DE VIVIENDAS*

José María Martín Faba
Profesor Ayudante
Universidad Autónoma de Madrid

Fecha de publicación: 22 de noviembre de 2021

1. Introducción

El Título V del Anteproyecto de Ley por el derecho a una vivienda tiene como rúbrica “medidas de protección de transparencia en las operaciones de compra y arrendamiento de viviendas”. Dentro de este título, el capítulo II proyecta un nuevo “régimen de cantidades a cuenta del precio antes o durante la construcción en operaciones de compra de viviendas”. Como es sabido, el régimen vigente está afincado en la DA1.^ªLOE, cuya última reforma fue operada por Ley 20/2015. Anteriormente el sistema se regulaba en la Ley 57/68, norma derogada que todavía se aplica a muchas controversias relacionadas con promotoras quebradas antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2015.

Como explica el prelegislador en la exposición de motivos, la regulación proyectada, con la finalidad de reforzar la protección del comprador, presenta cuatro novedades en relación con la DA1.^ªLOE: (i) se extiende la garantía de las cantidades entregadas a cuenta al momento de la compraventa de la vivienda, eliminando la vinculación de esta garantía a la obtención del título habilitante de la edificación; (ii) no se permite que en las pólizas de seguro se fijen cantidades garantizadas máximas inferiores a las cantidades aportadas por los adquirentes; (iii) se amplía de dos a cuatro años la caducidad del aval y (iv) se impide la rescisión del contrato por la mera falta de atención de los pagos parciales por parte del comprador, si no se ha producido previamente una reclamación del vendedor.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social”, del que son investigadores principales el profesor Ángel Carrasco Perera y la profesora Encarna Cordero Lobato y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.



Pues bien, mi objetivo es glosar tanto las novedades que insta la norma proyectada como los aspectos invariables que han presentado cierto interés para la jurisprudencia y para la doctrina.

2. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades adelantadas (art. 32)

- a) En el Anteproyecto, el régimen de garantías sobre cantidades adelantadas se aplica a las entregadas al promotor para adquirir “toda clase de viviendas”, incluso las que se realicen “en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”. La referencia a las viviendas realizadas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa no es ninguna novedad, pues ya estaba previsto en la normativa de desarrollo de la Ley 57/68. En el caso de la comunidad de propietarios, las obligaciones que impone la norma proyectada se aplicarán a la persona que gestione la adquisición del solar y la construcción del edificio y que, por supuesto, perciba las cantidades anticipadas. Si se trata de sociedades cooperativas, las obligaciones corresponderán a la Junta rectora. Pero en general, la norma proyectada será aplicable al sujeto (persona física o jurídica) que firme el contrato de compraventa con precio aplazado¹.

Por su parte, la DA1.^aLOE se refiere “todo tipo de viviendas”, incluyendo también las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o cooperativa. En este punto, no hay por tanto diferencias entre la norma vigente y la proyectada. De forma preliminar cabe apuntar que no debería haber problema para que las garantías previstas tanto en la norma proyectada como en la vigente sean exigibles aunque la vivienda radique en el extranjero, siempre que el promotor y el comprador incluyan una cláusula de sumisión a la ley española (SAP Murcia 647/2020)². Pero lo verdaderamente importante es que tanto el Anteproyecto como la DA1.^aLOE no hacen alusión al destino de la vivienda que se recogía en el art. 1 de la Ley 57/68, es decir, “domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial” ¿Supone esta omisión que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma proyectada y de la vigente los inmuebles adquiridos con fines empresariales o profesionales, o sin tener este propósito, con una intención especulativa o lucrativa?

No parece que así sea, según la jurisprudencia dictada con posterioridad a la modificación de la DA1.^aLOE, aunque lo cierto es que referida a supuestos anteriores a la misma y en definitiva regidos por la Ley 57/68. En efecto, según las SSTs 587/2020, 623/2020, 385/2021 y 573/2021, entre otras, “la expresión *toda*

¹ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Derecho de la Construcción y la Vivienda* (CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO M.^a C.), 6^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 596.

² Como afirma TORRALBA MENDIOLA, E., “La garantía prevista por la Ley 57/1968 es exigible, aunque el inmueble radique en el extranjero”, *G-AP*, 09/07/2020, queda abierta la cuestión de si la Ley 57/68 podría ser considerada de “policía”, en el sentido del art. 9 del Reglamento Roma I, e imponer su aplicación incluso si el contrato se rigiera por un Derecho extranjero. Del mismo modo, podría plantearse la pregunta de si los adquirentes podían ser considerados consumidores, en el sentido del mismo Reglamento, y beneficiarse de lo previsto en la Ley 57/68 aunque se hubiera escogido un Derecho extranjero para gobernar su contrato.



clase de viviendas empleada en la DA1.^a LOE ha de entenderse en el sentido de que elimina cualesquiera dudas que pudieran reducir el nivel de protección de los compradores por razón de la forma de promoción o del régimen de la vivienda que compren, pero no puede equipararse a *toda clase de compradores* para, así, extender la protección a los *profesionales* del sector inmobiliario o a los *compradores especuladores* (...). Por consiguiente, parece que tanto la normativa vigente como la proyectada habrán de interpretarse en el sentido de que no quedan garantizadas las cantidades anticipadas por una persona física para adquirir un inmueble con una finalidad profesional. Pero tampoco las entregadas por una persona física para comprar una vivienda con finalidad inversora, por ejemplo, para alquilarla, sujeto que sería considerado consumidor por el TRLGDCU (SSTS 356/2018 y 573/2021, entre otras). Yo creo que tampoco deberían quedar garantizadas las cantidades entregadas por una persona física consumidora para comprar una vivienda o un local que sirva para almacenaje o como biblioteca particular, pues en este caso el inmueble no tendría el destino habitacional que parece requerir tanto la norma vigente como la proyectada. Nótese, por ende, que tanto la ley vigente sobre garantías por cantidades adelantadas como la proyectada tienen un ámbito de aplicación subjetivo más restringido que el TRLGDCU. En conclusión, a pesar de la redacción tanto de la normativa vigente como proyectada (“toda clase de viviendas”), solo se garantizan las cantidades entregadas con la finalidad de adquirir una vivienda habitual o de temporada, finalidad que, llegado el caso, deberá ser acreditada por el comprador en su demanda (STS 36/2020).

En particular, la jurisprudencia sostiene que pueden apreciarse los siguientes indicios a la hora de apreciar la existencia de finalidad inversora. Así, la STS 420/2016 consideró ajeno al ámbito de protección de la Ley 57/68 a un promotor inmobiliario extranjero que invertía en España comprando viviendas de futura construcción, pues ponderó que el comprador había omitido cualquier referencia al destino de las viviendas que pretendía adquirir. La STS 675/2016 otorgó relevancia al hecho de que los compradores ni tan siquiera explicaran en su demanda para qué compraron dos viviendas de alto precio en un mismo conjunto residencial. La STS 582/2017 atendió al número de viviendas (tres), a la superficie de cada una, a su respectivo precio (cuantitativamente importante) y a su ubicación (en una ciudad distinta de la residencia del comprador). La STS 460/2020 consideró “el número de viviendas de una misma promoción” y “la circunstancia de que no se indicara en ningún momento que el comprador las comprara para sus familiares”, todos ellos residentes en el extranjero. La STS 623/2020 tuvo en cuenta que los compradores “tenían su residencia habitual en otra ciudad” y que “en el contrato de compraventa litigioso se incluyó una estipulación, fruto de la negociación individual pues no figura en los demás contratos de viviendas de la misma promoción, que les facultaba para ceder el contrato a terceros antes de escriturar, a todo lo cual se une el silencio de los demandantes, que nada aclararon en su demanda sobre el verdadero destino de la vivienda”. Y, finalmente, la STS 385/2021 concluye que la Ley 57/68 no era aplicable al comprador de dos viviendas de la misma promoción ponderando no solo que se comprara más de una, sino la concurrencia de indicios determinantes de la finalidad inversora tales como “el silencio del comprador, que omitió cualquier referencia al



destino de las viviendas que pretendía adquirir y tampoco identificó a los supuestos familiares a quienes debía servir de residencia", la distancia existente entre la localidad donde se ubicaban las viviendas, el lugar de residencia del comprador y la inclusión en los contratos de compraventa de una "cláusula que permitía al comprador ceder su posición jurídica a terceros".

Ahora bien, con motivo de sus competencias en materia de vivienda (art. 148.1. 3º CE), las CCAA pueden establecer que las cantidades entregadas para, por ejemplo, la compra de un local de negocio, estén garantizadas (*cf.* arts. 2.2 y 24.1 Ley gallega 4/2003 de Vivienda). Además, es posible el acuerdo entre las partes compradora y vendedora sobre la constitución de garantías a cargo de esta cuando la compra tenga una finalidad inversora. En este sentido, la STS 161/2018 admite que el comprador inversor y el vendedor puedan pactar en el contrato de compraventa la obligación del vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas y la sujeción de la garantía a lo establecido en la Ley 57/68, y que, en tal caso, "la sujeción del aval al régimen de la Ley 57/68 provendrá de lo pactado entre las partes, no de la propia ley ni de su interpretación jurisprudencial"; lo que implica, por ejemplo, que no sea aplicable al comprador inversor la doctrina jurisprudencial sobre la efectividad de las pólizas colectivas en ausencia de póliza individual, doctrina a la que luego haré referencia. En cualquier caso, la existencia de un pacto entre la promotora y la sociedad compradora para aplicar las garantías de la Ley 57/68, no vincularía al banco que hubiera concertado con la promotora una póliza colectiva únicamente para compraventas con la finalidad residencial establecida en dicha ley (STS 36/2020)³.

- b) El anteproyecto y la DA1.^aLOE se refiere a promotores (personas físicas o jurídicas) "que pretendan obtener de las personas adquirentes entregas de dinero para su construcción". No explica la norma proyectada bajo qué contrato estas personas adquirentes entregan dinero para que las viviendas se construyan, aunque se presupone que es bajo un contrato de compraventa. Ahora bien, las normas sobre garantía de devolución de cantidades anticipadas deberían ser de aplicación *a todos los negocios jurídicos, cualquiera que sea la denominación que las partes les dieran, en que se transmita a título oneroso una vivienda en proyecto o en construcción*, siempre que el adquirente haya hecho entrega de anticipos dinerarios a cuenta de su contraprestación, incluidas las cantidades entregadas por cooperativistas y comuneros para la adquisición del suelo y construcción de las viviendas (art. 24. 6 Ley 4/2003 de Vivienda de Galicia). Así, la naturaleza contractual o precontractual del negocio por el que la adquirente entrega dinero carece de importancia a efectos de la aplicación del Anteproyecto, lo mismo que si el contrato se denomina de arras, señal o de cualquier otra forma. Observemos también que para que se aplique tanto la norma proyectada como la vigente la adquisición de la vivienda no tiene que ser únicamente en pleno dominio, sino también cuando lo que se adquiere es un derecho de aprovechamiento por turnos⁴. Finalmente, ni la normativa vigente ni la proyectada

³ *Cfr.* DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L., "Las últimas siete sentencias del Tribunal Supremo sobre la Ley 57/68", *CESCO*, 26/02/2020.

⁴ CARRASCO PERERA, Á., "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción", en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, cit., p. 594.



debe aplicarse a los adquirentes que no entregan cantidades dinerarias, sino solares a cambio de viviendas por construir (STS 17 octubre 2010).

- c) La norma proyectada, como la DA1.^aLOE, establece que se garantizan las “cantidades entregadas” o “anticipadas”. En este sentido, las SSTS 476/2013, 467/2014 (Pleno) y 226/2016 declaran que las cantidades garantizadas comprenden “todas las entregadas” a cuenta del precio. Pero no siempre es así, pues como sostienen las SSTS 6/2020, 23/2021 y 93/2021, se exonera de responsabilidad al banco avalista si queda probado que se hicieron pagos al promotor que no se preveían en el contrato y que fueron hechos en metálico o mediante cheque, o que se ingresaron en la cuenta de otra entidad, de manera que la entrega de dichas cantidades escapaba al control o conocimiento de la entidad. Por tanto, hay cantidades efectivamente entregadas que no quedan garantizadas por la entidad de crédito garante, pues escapan a su control.
- d) Según el Anteproyecto, que sigue a la DA1.^oLOE, además de las cantidades efectivamente entregadas “se garantizan” los intereses legales de dichas cantidades, que aquí cumplen una función remuneratoria de las cantidades entregadas, pero no de indemnización por mora. Por tanto, son exigibles desde cada pago y no desde la reclamación extrajudicial realizada por el comprador (SSTS 540/2013, 177/2020 y 145/2021) ni desde la interpelación judicial (STS 30/2020). En este sentido, la norma proyectada fija el devengo de los intereses legales en el momento de “la entrega efectiva del anticipo”. Ahora bien, podrían darse casos en que no se acuerde el devengo de intereses desde cada anticipo por razones de congruencia con lo pedido en la demanda o conformidad de la parte demandante con lo acordado en la instancia (STS 66/2020). Por lo demás, es evidente que no habrá que pagar intereses legales de cantidades no aportadas, pues “en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro”. A los intereses legales habrá que sumar los intereses de la mora procesal, cuando el juez condene al pago de cantidad líquida (art. 576 LEC). También se garantizan los impuestos abonados, en concordancia con la jurisprudencia menor que garantizaba el IVA (SSAP Alicante 430/2006 y AP Coruña 228/2006).
- e) El Anteproyecto sigue la estela de la DA1.^aLOE, y establece como garantías el seguro de caución y el aval solidario. Con todo, algunas CCAA permiten cualquier forma de garantía admitida en Derecho (art. 23.4 Ley 8/2020 de la Vivienda de Galicia). Recuérdese, además, que el aval solidario estaba presente en el art. 1 de la Ley 57/68, pero en la redacción primitiva de la DA1.^aLOE, aunque como se ha apuntado siempre estuvo presente en el mercado⁵. Como veremos, tanto el Anteproyecto como la DA1.^aLOE regulan más detalladamente el régimen del seguro de caución, que se toma de modelo para la regulación del aval (*cfr.* art 33 Anteproyecto). Por lo demás, el término seguro de caución no debe interpretarse extensivamente, como ha hecho la jurisprudencia civil ante los fracasos urbanísticos de no pocas cooperativas de

⁵ GONZÁLEZ CARRASCO M.^a, C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, en *Las garantías en el derecho mercantil: problemática actual*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2021 (pendiente de publicación).



viviendas, que ha venido forzando el término “aseguramiento de caución” que regula la Ley 57/68, y que está llevando la responsabilidad del asegurador a unos extremos que exceden de los términos de la Ley. Como se ha explicado, esta tendencia se ha extendido a la jurisprudencia penal y, cuando los “gestores de cooperativa” son condenados por apropiación indebida o estafa, se decreta en ocasiones la responsabilidad civil de las aseguradoras de caución, lo que no parece ajustado a Derecho. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios. Según el art. 117 CP, “los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias serán responsables hasta el límite de la indemnización establecida o legalmente pactada”. Mas solo existe un seguro de daños que tenga como supuesto de hecho la cobertura de este riesgo, y es el seguro de responsabilidad civil de los arts. 73 y 76 LCS⁶. Finalmente, por aval hay que entender cualquier garantía personal subsidiaria de naturaleza accesoria o no accesoria (arts. 1822 y ss. CC y 439 y ss. Ccom)⁷.

- f) La norma proyectada, al igual que la DA1.^aLOE, reitera que los promotores han de percibir las cantidades anticipadas por las personas adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, 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. Obsérvese que esta responsabilidad de la entidad de crédito ya se preveía en la Ley 57/68, y ha sido corroborada por la SSTS 733/2015 y 174/2016, entre otras.

Desde hace tiempo, la mejor doctrina venía apuntado que la creación de una cuenta especial no supone ningún tipo de garantía para los adquirentes, puesto que los compradores no tienen acceso a ella y no pueden controlarla. La cuenta especial no permite la mala gestión económica del promotor. Esta cuenta no impedirá que los créditos derivados de la promoción se hagan efectivos sobre los fondos de dicha cuenta. Tampoco el promotor requiere una autorización especial para disponer sobre los fondos de la cuenta especial. Además, la ilegitimidad de la disposición no se acompaña de un control de terceros, que pudiera convertirse en una auténtica limitación del poder de disposición. En definitiva, la cuenta especial “no es un patrimonio de garantía afecto al pago de los compradores, ni sobre ella obtienen aquellos un privilegio específico en caso de tercería o concurso del vendedor”⁸. Quizá por estas razones la jurisprudencia que aplicaba la Ley 57/68 ha obviado la necesidad de ingreso de las cantidades en cuenta especial para que las garantías sean efectivas. Así, quedan garantizados por la entidad de crédito avalista los anticipos ingresados

⁶ CARRASCO PERERA, Á., “El asegurador de caución de la Ley 57/1968 (cantidades adelantadas en compra/cooperativa de vivienda) no se encuentra entre los responsables civiles del artículo 117 del Código Penal”, *GA-P*, 14/04/2015.

⁷ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, cit., p. 604.

⁸ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, en *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, cit., pp. 697 a 608.



por el comprador no en la cuenta especial, sino en otra diferente del promotor, pero en la misma entidad bancaria (SSTS 779/2014 y 780/2014).

Además, el banco no garante que de hecho admite ingresos a cuenta de la compraventa de viviendas en cualquier cuenta del promotor abierta en la misma, respondería frente a los compradores por la falta de control sobre la necesaria constitución de la garantía legalmente establecida (SSTS 733/2015, 142/2016 y 174/2016). En particular, la STS 274/2019 advirtió que “la responsabilidad legal de la entidad de crédito como depositaria no depende de que los ingresos se hagan en una cuenta especial o en otra del promotor, sino de que, por realizarse en la misma entidad, no puedan escapar a su control”; de forma que “la responsabilidad del garante no es excluyente de la responsabilidad fundada en el artículo 1.2 de la Ley 57/68 ya que, según las circunstancias de cada caso, el banco que admita anticipos sin cumplir lo exigido en dicha norma puede llegar a responder solidariamente con el garante por el importe de los anticipos que hubiera admitido”. En virtud de esta doctrina, la entidad depositaria no garante ha de responder, aunque no haya abierto una cuenta especial al promotor. Pero para responder ha de ser depositaria de cantidades, no solo financiadora de la promoción (STS 214/2021). En efecto, no responde el banco acreedor hipotecario de la cooperativa de vivienda cuyos cooperativistas están haciendo pagos en una cuenta no especial abierta en una entidad bancaria distinta (STS 468/2016). Y tampoco la entidad de crédito que no pudo conocer que las cantidades entregadas fueran un anticipo por la adquisición de una vivienda en construcción, por no señalarse concepto de pago ni dato que permitiera asociar ese pago a un anticipo o por tratarse de pagos hechos al margen del contrato y sin posibilidad de control por la entidad (SSTS 422/2016, 503/2018, 409/2019, 623/2019 y 642/2019).

- g) Acaso una de las novedades más importantes que establece el Anteproyecto en relación con la DA1.^aLOE es que la garantía se extenderá a las cantidades aportadas, “incluidas las anteriores a la obtención del título administrativo habilitante de la edificación”, en un sentido parecido al que se refería el art. 1 de la Ley 57/68 (“antes de iniciar la construcción o durante la misma”). En cambio, según la DA1.^aLOE, las cantidades adelantadas se garantizan “desde la obtención de la licencia de edificación”.

En primer lugar, se ha sostenido que según la norma vigente las cantidades anticipadas con anterioridad a la obtención de la licencia no quedan garantizadas y que, por consiguiente, deberán garantizarse mediante otra garantía distinta si se quiere proteger al adquirente ante el incumplimiento de la obligación del promotor. Así, se habría consagrado un retroceso en el nivel de protección que el adquirente de vivienda había recibido hasta ahora de los tribunales⁹. Con todo, alguna autora ha considerado que la redacción del precepto vigente admite otra lectura más acorde con la protección del

⁹ CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., “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)”, *Revista española de seguros*, núm. 167/2016, p. 484.



comprador¹⁰. Parece pues que el prelegislador está de acuerdo con los que sostenían que la circunstancia de que las cantidades anticipadas con anterioridad a la obtención de la licencia no queden garantizadas supone un retroceso en el nivel de protección del comprador, y por ello la norma proyectada extiende la garantía a las cantidades aportadas por las personas adquirentes con anterioridad “a la obtención del título administrativo habilitante de la edificación”.

En segundo lugar, obsérvese que algunas CCAA, en el ámbito de sus competencias en materia de consumo y de vivienda han dictado normas más protectoras para el comprador que la DA1.ªLOE, y que en definitiva garantizan cantidades entregadas con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación (*cf.* art. 50.4 de la Ley 18/2007, de la Vivienda de Cataluña; art. 15 de la Ley 8/2004, de la Vivienda en Valencia y art. 26.3 de la Ley 2/2007 de la Vivienda de La Rioja, entre otras).

Finalmente, nótese que la jurisprudencia que aplica la Ley 57/68 ha sostenido que el seguro de caución es “exclusivo e imperativo”, por lo que no puede ser un seguro distinto que se refiera a fases previas a la edificación, porque en tal caso el comprador podrá seguir considerando que se trata de un seguro por cantidades adelantadas para la compra de la vivienda (STS 540/2013). Aunque es dudoso que esta doctrina siga siendo válida a la luz de la DA1.ªLOE, que establece, como digo, que se garantizan cantidades “desde la obtención de la licencia de edificación”, sí puede serlo a la luz de la regulación proyectada, que garantiza cantidades entregadas con anterioridad a la construcción.

- h) Otra de las novedades del Anteproyecto en relación con la DA1.ªLOE, es que no se permite que en las pólizas se fijen cantidades máximas inferiores a las cantidades aportadas por los adquirentes.

Nótese que la jurisprudencia ya sostenía que la garantía ha de cubrir la totalidad de las cantidades anticipadas por el comprador, aunque en el documento correspondiente se haga constar un límite máximo inferior (SSTS 476/2013, 218/2014 y 780/2014). Podría pensarse que el asegurador puede descargarse de esta obligación si alega que no sabe cuál serán exactamente las cantidades entregadas por los compradores. Pero la entidad aseguradora o avalista tiene la posibilidad de conocer esta entrega a cuenta con solo haber requerido del promotor una copia del contrato de compraventa (STS 643/2019). Argumento coherente con la Orden de 29 de noviembre de 1968 que, en relación con la garantía en forma de seguro de caución, imponía a las entidades aseguradoras el previo conocimiento de los contratos cuyos anticipos garantizasen¹¹; pero no con la norma proyectada y la vigente, que únicamente establecen que “la entidad aseguradora *podrá* comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados”. En definitiva, la obligación de pagar más allá de la póliza

¹⁰ GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª, C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.

¹¹ CARRASCO PERERA, Á., “Avales de cuantía inferior a las cantidades adelantadas para la compraventa de vivienda”, *GA-P*, 15/01/2020.



proviene de una exigencia de la buena fe. La entidad avalista tiene que advertir al comprador que la póliza individual que está recibiendo no alcanza el total de las cantidades entregadas, y que por ello deberá protestar contra el promotor. Esto es indudablemente así cuando la entidad avalista es la misma que recibe los pagos anticipados; pero también cuando no es este el caso. Y de este incumplimiento responde el garante e indemnizará en concepto de daños la diferencia entre lo asegurado y lo pagado¹².

3. Requisitos de las garantías (art. 33)

En relación con los requisitos que debe cumplir el seguro de caución:

- a) El Anteproyecto, al igual que la DA1.^aLOE, hace referencia a la exigencia de una póliza individualizada. Con todo, la jurisprudencia concede mayor valor tuitivo a la póliza colectiva que a la individual, dando pues preferencia a la primera respecto a la segunda en caso de contradicción e, incluso, superando la efectividad de dicha póliza individual en caso de inexistencia por el hecho de existir la póliza colectiva (SSTS 332/2015 y 272/2016, entre otras). Aunque se ha dudado si esta doctrina seguirá siendo válida después de la reforma operada por la Ley 20/2015 en la DA1.^aLOE¹³, así parecen entenderlo las SSTS 2/2020, 6/2020 y 8/2020, aunque todavía referidas a supuestos regidos por la Ley 57/68.

Sin embargo, con carácter aislado, la STS 1/2020 sostiene que la responsabilidad de la entidad avalista con base en la Ley 57/68, cuando no haya entregado certificados individuales a los compradores, se funda en haber generado en estos la confianza de que la devolución de sus anticipos estaba garantizada. Confianza que procede de la mención de la propia Ley 57/68 en los contratos de compraventa o en la póliza colectiva, de la concertación de la línea de avales expresamente para una determinada promoción o, en definitiva, de la entrega a los compradores de una copia de la póliza. Por lo tanto, si en los contratos de compraventa no se hizo mención alguna a la Ley 57/68 ni a la garantía de devolución de los anticipos, la cuenta identificada para hacer los pagos no se calificaba de especial ni en ella se ingresaron tampoco los anticipos, la entidad contratante de la línea de avales no ha de responder ante los compradores de la restitución de las cantidades entregadas a cuenta, pues ninguna razón tenían los compradores para confiar en la garantía individual que había de prestarse. La doctrina ha considerado esta decisión un grave retroceso que elimina el carácter protector de la norma y que contradice una jurisprudencia anterior que había negado que la protección del comprador estuviera basada en su posible confianza sobre la existencia de la garantía legal¹⁴. Aunque de esta resolución puede deducirse que las entidades

¹² CARRASCO PERERA, Á., “Avalés de cuantía inferior a las cantidades adelantadas para la compraventa de vivienda”, cit.

¹³ CARRASCO PERERA, Á., “Un elenco de los hitos más importantes de la jurisprudencia civil reciente sobre garantías de compradores por cantidades adelantadas en adquisición de viviendas” *CESCO*, 1/09/2016.

¹⁴ LÓPEZ SAN LUIS, R., “Generación de confianza en el comprador por las entregas a cuenta en la adquisición de vivienda sobre plano”, *CCJC*, núm. 114/2020, pp. 237 a 250.



aseguradoras y avalistas tendrían ahora incentivos para no generar confianza¹⁵, lo cierto es que nadie puede sacar provecho de su propia torpeza y salir beneficiado de su infracción (art. 1306 II CC). En este sentido, la jurisprudencia no admite, por regla general, que recaigan sobre el comprador las consecuencias del incumplimiento por el promotor de sus propias obligaciones, como tampoco las derivadas de los incumplimientos imputables a los avalistas o a las entidades bancarias en que el promotor tenga abiertas cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas (STS 212/2001). En conclusión, la norma proyectada ha de interpretarse restrictivamente, y no es necesaria la exigencia de título individualizado para que las garantías se apliquen.

- b) Tanto la norma proyectada como la DA1.^aLOE establecen que la suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato. Pero como he explicado, las cantidades aseguradas serán las efectivamente adelantadas, no las previstas inicialmente en la póliza y que aún están pendientes de ingreso. Por eso dice posteriormente el Anteproyecto, y también la DA1.^aLOE, que “en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión”. Y, como dije, tampoco responderá la entidad de crédito por las cantidades entregadas que escapaban de su control.
- c) Reza el Anteproyecto, y también la DA1.^aLOE, que el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. La falta de pago de la prima por el promotor no será, en ningún caso, excepción oponible. Repárese que la no oponibilidad del pago de la prima no es ninguna novedad, pues ya se contenía en el art. 4 de la Orden de 29 de noviembre de 1968. Por lo demás, aunque el Anteproyecto y la DA 1.^a LOE se han olvidado de reiterarlo para el aval, debe entenderse que es aplicable al garante en general.

Así pues, la norma establece que la aseguradora no podrá oponer, en general, las excepciones que pueden corresponderle contra el promotor-tomador. Estas excepciones deben entenderse referidas a las personales contra el promotor-tomador, y no las objetivas, estas últimas derivadas de alguna falta de cobertura del siniestro. La única excepción objetiva que se excluye es el impago de la prima¹⁶. Así, el asegurador no podrá oponer al comprador que el incumplimiento de este no era esencial [STS (Pleno) 218/2014], pues nótese que, como explicaré después, el hecho de que incumplimiento del vendedor no sea esencial no es un motivo de falta de cobertura. El asegurador sí podrá oponer, en cambio, las excepciones “objetivas” derivadas de alguna forma de la falta de cobertura del siniestro, como por ejemplo que la reclamación es tardía o que el contrato de compraventa había de ser resuelto

¹⁵ CARRASCO PERERA, Á., “Garantías por cantidades adelantadas en compraventa de vivienda: un paso atrás”, *CESCO*, 31/01/2020.

¹⁶ CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., “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)”, cit., p. 487.



por el incumplimiento del comprador. Por lo demás, si la falta de pago de la prima por el promotor no es, en ningún caso, excepción oponible, lo más apropiado era imponer al seguro de caución el deber de pago a primer requerimiento, de forma análoga al artículo 19.3 LOE¹⁷.

- d) Respecto a la duración del seguro, tanto el Anteproyecto como la DA1.^aLOE determinan “no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. En caso de que se conceda una 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”.

El precepto (primera parte) se explica porque en el pasado era común la existencia pólizas cuya duración era inferior al plazo de entrega de la vivienda¹⁸. Así pues, no será oponible una duración de la garantía inferior a la fecha de construcción y entrega de las viviendas según el contrato celebrado entre promotor y comprador, habida cuenta de que el garante puede y debe conocer el clausulado del contrato. Para el aval solidario, que como digo queda relegado en comparación con el seguro, es aplicable la doctrina de la STS 778/2014, que sostiene que la caducidad alegada por la avalista en su contestación a la demanda “resultaba contraria a la norma imperativa del art. 4 de la Ley 57/68, según la cual solo puede cancelarse el aval una vez expedida cédula de habitabilidad y acreditada la entrega de la vivienda, por lo que la fecha máxima de validez del aval consignada en el documento correspondiente es por completo ineficaz en cuanto contraria a la ley, habiéndose contratado un aval que imposibilita absolutamente su eficacia porque caduca antes de que pueda hacerse efectivo”. Ante esta correcta solución, la mejor doctrina ha considerado sugestivo divagar sobre sus posibles fundamentos jurídicos: (i) El avalista ha provocado por negligencia grave o dolo un error en el comprador garantizado, y el contrato de aval deberá ser eficaz en la forma en que lo hubiera podido esperar un consumidor medio, a través de una suerte de nulidad parcial limitada a la cláusula de caducidad. (ii) Avalista y comprador no hubieran estado de acuerdo en negociar un aval que era inútil, a la luz de la cláusula de caducidad. Entonces, hay que suponer que las partes no querían realmente tal cláusula, y como *falsa demonstratio non nocet*, la cláusula de caducidad se tiene por no puesta. (iii) El contrato es nulo por objeto imposible; y como la imposibilidad es directamente imputable al dolo o culpa grave del avalista, se le impone como responsabilidad *in contrahendo* una indemnización equivalente a lo que el comprador hubiera podido cobrar si el aval hubiera sido válido. (iv) El banco responde por culpa de los arts. 1101 o 1902 CC, y está obligado a reparar el daño causado con su actuar, que es precisamente la medida en que el comprador deja de poder cobrar el aval¹⁹.

¹⁷ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., p. 537.

¹⁸ CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., “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)”, cit., p. 488.

¹⁹ CARRASCO PERERA, Á., “El banco responde ante el consumidor por haberle concedido un aval inservible por las cantidades adelantadas al promotor”, *CESCO*, 09/09/2010.



Por lo demás, con la redacción de la norma proyectada (segunda parte) y de la vigente se sigue manteniendo la duda que existía con la redacción anterior, es decir, si la prórroga otorgada por el adquirente supone la prórroga automática del seguro o si la aseguradora puede oponerse a la prórroga del contrato porque considere que supone una agravación del riesgo de los arts. 11 y 12 LCS o por aplicación del artículo 1851 CC. Esto último sería lo lógico, pero el sentido literal del texto es que el seguro no puede durar menos que el compromiso; si el compromiso se prorroga en el tiempo y no se prorroga automáticamente el seguro se estaría vulnerando la norma vigente y la proyectada²⁰. Repárese que las SSTs 77/2014 y 292/2014, aunque no se refieren a un aval por cantidades adelantadas, sostienen que el art. 1851 CC puede interpretarse en el sentido de que la prórroga concedida por el acreedor al deudor no extingue la fianza, siempre que no se perjudique la eventual vía subrogatoria del fiador. Con todo, a mi juicio, la prórroga concedida por el comprador al vendedor sin consentimiento del garante no puede vincular a este, que puede poner fin a su posición de garante en el plazo establecido en el seguro o aval, debiendo en dicho caso el tomador contratar nuevas garantías por el nuevo plazo pactado. Pero si la prórroga concedida por el comprador al vendedor no vincula al garante sin su consentimiento, entonces se promoverán estrategias por las que el comprador pedirá la resolución y devolución de las cantidades, so pena de no poder proceder luego contra el garante, si, a pesar de la prórroga, el promotor finalmente no entrega la vivienda²¹. Si el garante a quien se ha comunicado la prórroga contractual la consiente de forma expresa o tácita, y a pesar de ello, atiende la reclamación de devolución del comprador antes de finalizar el nuevo plazo, se expone a que el tomador le oponga en vía de regreso todas las excepciones que podría haber opuesto al comprador asegurado²².

Finalmente, la norma comentada desconoce que en la praxis contractual es habitual encontrar prórrogas ya preconvencidas por un tiempo cierto en el mismo documento contractual que determina *prima facie* la fecha inicial de la entrega de la vivienda. En este caso la prórroga anticipada estará cubierta por la póliza y no será preciso un nuevo acuerdo novatorio con el asegurador²³. Además, hay que destacar que la prórroga solo vinculará al garante si el promotor paga la nueva prima correspondiente al nuevo plazo. Y, por último, el promotor no puede oponerse a la resolución y reembolso alegado la prórroga concedida para la entrega de la vivienda si antes de ese momento existe una certeza de incumplimiento esencial que haya de posibilitar el ejercicio anticipado de la acción de resolución (SAP de Málaga 30 de junio 2005).

- e) El anteproyecto, al igual que la DA1.^aLOE, establece que en caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, el asegurado,

²⁰CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., pp. 536 y 537.

²¹CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., p. 600.

²²GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.

²³CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., “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)”, cit., p. 488.



siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá exigir al asegurador el abono de dichas cantidades. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor. Lo mismo se regula posteriormente para el aval. Pero nótese que es ciertamente chocante que el aval se presente como solidario para posteriormente obligar al avalista a responder subsidiariamente²⁴.

Obsérvese, en primer lugar, que este apartado, más que regular un requisito de la garantía, constituye lo que se denomina posteriormente como “ejecución de la garantía” (art. 35 y ap. 4 DA1.ªLOE). Con todo, el contenido de ambos preceptos es incoherente, pues mientras el primero solo prevé como causas que permiten al comprador exigir la devolución de las cantidades entregadas el no inicio de la construcción o que esta no llegue a buen fin en el plazo convenido, el segundo se refiere a “la no entrega de la vivienda”. Lo lógico es interpretar ambos preceptos homogéneamente, por lo que deben reconducirse al supuesto de falta de entrega. Además, el precepto reza que “se podrá” reclamar al asegurador cuando “no sea posible” la reclamación al promotor, cosa improbable, pues, como tal, la reclamación siempre “será posible”, aunque pueda no ser efectiva²⁵.

En segundo lugar, no queda resuelto si, en caso de que el incumplimiento del vendedor no fuera esencial, el comprador podría resolver el contrato y dirigirse contra el asegurador, por cuanto el plazo nunca constituye un elemento esencial del cumplimiento en la compraventa de inmuebles, como prueba el artículo 1504 CC. Con todo, la jurisprudencia establece que el art. 3 Ley 57/68 constituye una excepción al art. 1124 CC, de forma que el comprador puede resolver justo cuando llega el plazo y el vendedor no ha entregado la obra, incluyendo la licencia de primera ocupación (STS 778/2014). Por tanto, se entiende que en este ámbito el plazo de entrega de la vivienda es esencial a efectos de la resolución. En efecto, esta jurisprudencia está elevando hasta el rango de “incumplimiento esencial” el retraso en la obtención de la licencia de edificación, aunque la obra esté ya preparada para la entrega y la solicitud de la misma haya tenido lugar antes del cumplimiento del plazo. Jurisprudencia que legitima posturas oportunistas del comprador, que busca la salida del contrato por razones de mercado, sin que en la estructura del contrato haya existido un incumplimiento esencial²⁶. Por ello debe impedirse la resolución si la vivienda está terminada en plazo y cumple los requisitos de habitabilidad, debiéndose el retraso en la obtención de dicha licencia únicamente a la inactividad administrativa. Por ejemplo, como se ha dicho, a causa de la interrupción de los plazos para su tramitación ocasionada por la declaración del estado de alarma y la suspensión de plazos prevista

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., “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)”, cit., p. 488.

²⁶ CARRASCO PERERA, Á., “Una buena sentencia dentro de una jurisprudencia inestable ¿Cuándo puede resolver el comprador de vivienda por el retraso en el plazo pactado para la entrega?”, *CESCO*, 12/02/2016.



en el RD 463/2020²⁷. Por lo tanto, llegada la fecha de entrega contratada, y no cumpliendo el promotor puntualmente, el comprador puede reclamar el pago del aval o seguro, sin importar si en la relación subyacente el contrato de compraventa se ha resuelto o no o si el retraso del promotor equivale o no a un incumplimiento esencial.

La doctrina jurisprudencial expuesta debe entenderse exceptuada en dos ocasiones: (i) cuando el vendedor haya ofrecido la entrega conforme a derecho antes del requerimiento resolutorio (SSTS 445/2015 y 761/2015) o (ii) si el comprador actúa de mala fe o abuso de derecho (STS 732/2015). Con todo, como se ha puesto de manifiesto, esta última excepción a la aplicación de la doctrina de la automaticidad no resuelve el problema, sino que lo deja planteado. En efecto, si la pretensión de resolución ha de rechazarse cuando sea oportunista, por desvincularse del contrato por intereses subjetivos ajenos al contrato mismo sin un interés jurídicamente atendible, la excepción tendría que acabar siendo la regla, porque no puede existir otra razón que el oportunismo para solicitar la resolución del contrato de compraventa de vivienda nada más transcurrido el plazo contractual de entrega y el interés de cumplimiento no está afectado, por estar la vivienda ya terminada. Nótese que la STS 732/2015 no infiere la existencia de esta actitud oportunista a partir del mero hecho de que el comprador quiera trasladar al vendedor el riesgo del mercado sin que se haya frustrado su interés contractual. Lo infiere, en cambio, del art. 7.2 CC: el comprador procede contra sus actos propios cuando resuelve después de haber seguido pagando sin queja incluso en el tiempo posterior al hecho relevante de la mora, cuando no había hecha protesta ni reserva alguna desde el momento en que el plazo de entrega se cumplió. En la misma dirección procedió la STS 759/2014, que acudió a la doctrina de los propios actos en un caso parecido al anterior. Entonces, ante el riesgo de mercado, el comprador que no quiera verse afectado por la doctrina de los propios actos ha de requerir inmediatamente de resolución, incrementando de esta forma la retribución que la jurisprudencia paga a las conductas oportunistas. Si esto es así, el límite a la resolución oportunista no sería la doctrina del incumplimiento esencial, sino la incursión en conducta de abuso de derecho por contrariedad a los actos propios²⁸.

En tercer lugar, la jurisprudencia ha sostenido que no es necesaria la previa acción de resolución contractual por parte del comprador contra el vendedor, pues se consideraba que el requerimiento de devolución realizado al promotor primero, y al garante, después, ya incorporaba su voluntad de resolución extrajudicial (SSTS 436/2013 y 230/2014). Es decir, no es necesario que el contrato hubiera de ser judicialmente resuelto para poder exigir la devolución de las cantidades entregadas, sino que solo se requiera de pago al promotor, lo que equivale a la resolución extrajudicial. Y eso aunque en buena lógica sería preciso que la resolución de la compraventa, incluso declarada extrajudicialmente, precediese a la reclamación del pago del seguro.

²⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.

²⁸ CARRASCO PERERA, Á., “Una buena sentencia dentro de una jurisprudencia inestable (...)”, cit.



Finalmente, reparemos en que una vez reembolsado el avalista, el promotor, sobre el cual no se extiende ninguna cosa juzgada relativa a la resolución de su contrato, podrá demandar al comprador y pedir el cumplimiento del contrato, con reembolso de las cantidades que el comprador recuperó del avalista, más el interés legal²⁹. Por otra parte, los aseguradores o fiadores no pueden alegar la concurrencia de un caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda, pues no es esta la obligación cuyo cumplimiento garantizan, sino la de devolver dinero, que, como tal, no está sujeta a las causas de exoneración de los arts. 1182 CC y 1184 CC³⁰.

- f) Tanto la norma proyectada como la DA1.^a LOE establecen una serie de reglas para el regreso del asegurador. Aunque dichas normas se olvidan en este punto del avalista, debe entenderse que también se le aplican.

En primer lugar, el asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a estos. Entonces, el garante no solo puede repetir contra el vendedor, también se subroga en las acciones del comprador. Nótese que el derecho de reembolso del art. 68 LCS permitía al asegurador reclamar al promotor “todo pago hecho por el asegurador”, incluyendo, por ejemplo, los honorarios de abogados por asesoramiento extraprocesal al asegurador. Sin embargo, con la subrogación este tipo de gastos no podrían ser reclamados al promotor, pues el asegurador se encontraría en la posición del asegurado³¹. En definitiva, la subrogación no aporta nada, porque, como se ha dicho, 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 derechos contractuales adicionales contra este, por lo que no queda nada en lo que el asegurador pudiera subrogarse³². Incluso esta subrogación puede acabar perjudicando al asegurador, pues a diferencia del mero reembolso que para la modalidad de seguro de caución permite el art. 68 LCS, el promotor, salvo previsión en contra en la póliza, podría ahora oponerle al asegurador subrogado todas las excepciones que este no opuso contra el comprador, pudiendo hacerlo (art. 1840 CC)³³.

En segundo lugar, para el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente

²⁹ CARRASCO PERERA, Á., “Ejecución de aval por cantidades adelantadas en compra de vivienda sin que el incumplimiento del vendedor sea esencial”, *CESCO*, 18/07/2014

³⁰ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., p. 604.

³¹ ALMARCHA JAIME, J., “Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras (LOSSEAR)”, *CESCO*, 24/10/2015

³² CARRASCO PERERA, Á., “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”, *CESCO*, 21/05/2015.

³³ GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.



a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada. Esto es, el promotor no puede enajenar la vivienda construida pero no entregada a tiempo sin haber atendido previamente a la reclamación de la aseguradora por vía de repetición y haber resarcido a esta del pago hecho al asegurado. La norma parece establecer una prohibición de disponer sin justificación suficiente, pues el asegurador no tiene ninguna acción real contra la vivienda. Y, además, sin eficacia frente a terceros salvo que el garante anote en el Registro de la Propiedad, para lo cual sería suficiente la anotación preventiva de otra medida cautelar menos distorsionante para el tráfico jurídico³⁴.

En relación con los requisitos que debe cumplir el aval:

- g) Dice la norma proyectada, y también la vigente, que debe emitirse para todas las cantidades anticipadas. Nótese que, como apunté, el seguro de caución garantizará las cantidades efectivamente aportadas, excluyéndose las pendientes, mientras que en el aval se garantizan *todas* las cantidades que hayan de ser anticipadas, estén ya ingresadas o pendientes de ingresar, puesto que no se exige que la póliza se vaya actualizando constantemente por el comprador a medida que va realizando pagos. Podría por tanto afirmarse que al comprador le interesaría más el aval que el seguro, pues incluso podría darse un lucro para él si se entienden garantizadas cantidades previstas en la póliza, pero no efectivamente entregadas³⁵. Con todo, esta incoherencia habrá de resolverse en el sentido de que quedan cubiertas por la garantía las cantidades que realmente hayan sido entregadas.
- h) Una de las novedades del Anteproyecto con respecto a la DA1.^a LOE es que se amplía de dos a cuatro años la caducidad del aval. Nótese que el art. 4 Ley 57/68 no admitía limitación temporal del aval, a cuyo tenor "expedida la cédula de habitabilidad (...) se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista". Esta caducidad no puede aplicarse retroactivamente a supuestos regidos por la Ley 57/68 (SSTS 200/2021 y 374/2021).

Nótese, en primer lugar, que ni la norma proyectada ni la DA1.^a LOE se refieren en este punto al seguro de caución. Bajo la regencia de la Ley 57/68, ha existido controversia en la jurisprudencia sobre el plazo de prescripción para reclamar a la aseguradora de caución, pues unos tribunales consideraban que el plazo de prescripción contra la aseguradora de caución era el del art. 23 LCS (SAP de Tenerife 295/2001) y otros el del art. 1964. II CC (SAP de Madrid 271/2014). Resuelven la controversia las SSTS 320/2019 (Pleno), 463/2020, 524/2020 y 715/2021, que han declarado que el plazo de prescripción de las acciones contra las aseguradoras de caución por las cantidades anticipadas para la compra de un inmueble sometidas a la Ley 57/68 es el general del art. 1964. II CC. De esta forma, se equipará el plazo de prescripción de la acción del comprador contra el asegurador y contra el avalista, pues

³⁴GONZÁLEZ CARRASCO M.^a C., "Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción", cit.

³⁵ALMARCHA JAIME, J., "Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras (LOSSEAR)", cit.



esta última también está sometida al plazo de prescripción del art. 1964. II CC. En efecto, las acciones contra los garantes comprendidos en la Ley 57/1968, ya fueran aseguradores, ya avalistas, están sujetos al plazo general de prescripción de las acciones personales establecido en el art. 1964.2 CC. Pero obsérvese que tanto la DA1.^a LOE como el Anteproyecto establecen, a diferencia de la Ley 57/68, que en todo lo no específicamente dispuesto en la Ley será de aplicación la LCS. Puesto que ni en el Anteproyecto ni en la LOE vigente se hace referencia al plazo de prescripción de la acción del asegurado, debería aplicable el artículo 23 LCS, que señala un plazo de dos años de prescripción para el caso de seguro de daños³⁶.

En segundo lugar, la norma proyectada establece que el aval caducará en el plazo de cuatro años, a contar desde incumplimiento por el promotor de la “obligación garantizada”, sin que el comprador haya requerido al promotor la rescisión del contrato y la devolución de cantidades ¿Pero por qué no se establece un plazo de prescripción de la acción del comprador contra el avalista para el reembolso de cantidades anticipadas? ¿Qué supone que el aval caduque en el plazo de 4 años? ¿Esta fijando la norma un plazo de caducidad de 4 años para el ejercicio de la acción de devolución de cantidades adelantadas contra el avalista? Obsérvese que es dudoso el sentido de este plazo, y si se trata de un plazo de nacimiento de las deudas cubiertas por el aval o si, además, constituye un término de caducidad para la reclamación por parte del acreedor. Yo creo que lo correcto es entender lo primero. En efecto, el Anteproyecto y la DA1.^aLOE se refieren a un plazo de garantía similar al del art. 17 LOE, de modo que el siniestro cubierto por la garantía ha de manifestarse dentro de ese plazo máximo de 2 o 4 años, mediante la comunicación fehaciente al promotor de la rescisión contractual por incumplimiento. Si, dentro de los 2 o 4 años a partir del incumplimiento de la obligación de entrega de la vivienda (que por cierto no es la obligación garantizada), el comprador le exige la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, y no recibe dicho dinero en 30 días, entonces se produce el siniestro protegido por el aval, y puede ejercitar su acción judicial frente al avalista. Acción que prescribe a los 5 años conforme el art. 1.964.2 CC. Pero, si en ese plazo de 2 o 4 años a contar desde la falta de entrega pactada, el comprador no dirige frente al promotor requerimiento alguno, habrá perdido, entonces, su derecho a hacer efectivo el aval; pero no por caducidad de la acción frente al banco, sino por extinción de la garantía, al quedar cancelado/caducado el aval³⁷.

Si afirmamos que lo que caduca es la acción frente al banco, y no el aval, se estaría admitiendo que dicha caducidad es susceptible de interrumpirse en virtud de una reclamación extrajudicial, ya que, como he explicado, si el comprador requiere al promotor dentro de los 2 o 4 años siguientes al incumplimiento del plazo de entrega, entonces no se produce ninguna caducidad o cancelación del aval. Y la posibilidad de interrumpir un plazo de caducidad de una acción resultaría absolutamente contraria a

³⁶ SSAP Málaga 309/1998, AP Valencia 659/1998, AP Santa Cruz de Tenerife 295/2001 y STS 3/2003.

³⁷ DUPUY DE LOME MANGLANO, S., “¿Por qué no ha cambiado el plazo para hacer efectivo un aval o seguro de entregas a cuenta en la construcción y venta de viviendas?”, *Diario La Ley*, núm. 9189, pp. 6 a 8.



la naturaleza de esta institución³⁸. Como dice la STS 868/2006, no cabe confundir el plazo de garantía de un aval, con el plazo de caducidad de la acción para ejercitarlo. Según la referida sentencia, “se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala sobre casos similares en los que el plazo asignado a la garantía o la fecha fijada como límite se consideraba ciertamente como de caducidad, o sea de vigencia de la garantía, pero caducidad no a los efectos de la reclamación judicial o extrajudicial sino a los del surgimiento, manifestación, comprobación o nacimiento de la obligación garantizada”. Quizá por ello el TS ha declarado recientemente que “la caducidad del aval no equivale necesariamente, a los efectos de su apreciación de oficio por el tribunal, a la caducidad de la acción contra el avalista” (SSTS 200/2021 y 374/2021). La caducidad de una acción que un comprador pueda tener frente a un avalista se produce por la falta de ejercicio de acciones judiciales frente a dicho banco, y no por la falta de remisión de una reclamación extrajudicial a un tercero. Esa falta de reclamación podrá determinar, en su caso, que no nazca la obligación garantizada y por tanto que el sujeto carezca de acción frente al banco precisamente porque queda extinguida su condición de garante por esa causa. Pero esto no implica la prescripción del derecho frente al garante, pues el comprador en tal caso no llegó a ostentarlo, dado que no hubo lugar al surgimiento de la obligación garantizada. En conclusión, el plazo de caducidad a que se refiere tanto la norma proyectada como la vigente es un plazo de vigencia de la garantía o un plazo de nacimiento de la deuda cubierta por el aval, por lo que no existe motivo alguno para entender que el régimen de prescripción de la acción del comprador contra el avalista se ha visto alterado.

4. Información contractual (art. 34)

- a) El precepto reza que en el contrato deberá incluirse la siguiente información: (i) Que el promotor se obliga a devolver al adquirente las cantidades anticipadas (impuestos e intereses aplicables incluidos) en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda. (ii) Se hará referencia a la garantía suscrita (aval o seguro) y a la entidad garante (aseguradora o financiera). (iii) Y también a la cuenta y entidad de crédito donde deben ingresarse las cantidades anticipadas. Asimismo, se añade que, en “el momento del otorgamiento del contrato de compraventa”, el promotor hará entrega de un “documento que acredite la garantía”, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio. No hay que olvidar que el documento en que se formalice la garantía deberá estar a disposición del público y de las autoridades competentes en materia de consumo (art. 7 RD 515/1989), por lo que los potenciales compradores o adherentes podrán consultarlo sin oposición del promotor³⁹.

³⁸ DUPUY DE LOME MANGLANO, S., “¿Por qué no ha cambiado el plazo para hacer efectivo un aval o seguro de entregas a cuenta en la construcción y venta de viviendas?”, *Diario La Ley*, núm. 9189, pp. 6 a 8.

³⁹ *Ibidem*.



Cabe preguntarse qué hay que entender por “documento que acredite la garantía” ¿Se trata de una póliza individual o basta con un documento en el que se indique que “se acredita la garantía individual”? ¿Qué requisitos formales y de contenido debe cumplir ese documento? Dichas cuestiones no son resueltas por el prelegislador, pero es evidente que se está refiriendo a una póliza individual⁴⁰. Por lo demás, es impropio entregar dicho documento “en el momento de otorgamiento de la compraventa”, que de hecho el promotor puede dilatar cuanto quiera, jugando con las formas negociales, y lo procedente sería en el momento de la primera entrega de cantidades, aunque ello se documente como precontrato o contrato de arras. Además, en las cooperativas de viviendas no existe ni puede existir un contrato de compraventa de esta clase⁴¹. Nótese, finalmente, que si se cumplen estas obligaciones de información contractual es imposible que entre en juego la doctrina jurisprudencial que sostiene que la entidad avalista no responde con base en la Ley 57/68 cuando no haya generado en los adquirentes la confianza de que la devolución de sus anticipos estaba garantizada (STS 1/2020), porque de hecho con la información contractual que obliga a proporcionar la norma proyectada habrá generado dicha confianza.

- b) La novedad que instaura este precepto del Anteproyecto en relación con el régimen vigente es que impide la rescisión del contrato por la mera falta de atención de los pagos parciales por parte del adquirente, si no se ha producido previamente una reclamación del vendedor, debiéndose fijar para ello algún plazo no inferior a treinta días para su pago, tras su reclamación.

Preliminarmente, hay que apuntar que puede entenderse que el contrato es rescindible, *ex art. 1291. V CC*, aunque creo que lo más acertado es acudir a la resolución del art. 1124 CC. Podría, por lo demás, entenderse que este requerimiento ya era necesario, por analogía con lo dispuesto en el artículo 1504 CC. Ahora bien, el requerimiento al que nos referimos no tiene por qué ser judicial o por acta notarial, debiendo estar sujeto al régimen jurídico de una declaración unilateral recepticia dirigida al deudor, que se perfecciona con base en el artículo 1262 CC⁴². Mas es importante que el requerimiento sea fehaciente porque el precepto proyectado establece que debe mediar un plazo de al menos 30 días entre el requerimiento y la rescisión del contrato (en el mismo sentido, art. 24 LCCI). Es decir, el prestamista debe asegurarse que el requerimiento es conocido por el prestatario para que pueda empezar a correr el plazo

⁴⁰ ALMARCHA JAIME, J., “Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras (LOSSEAR)”, cit.

⁴¹ CARRASCO PERERA, Á., “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”, cit.

⁴² SAN MIGUEL PRADERA, L., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, 369 y ss. En relación al requerimiento del art. 1504 CC, las SSTs de 4 de julio de 2011 (RJ 2011\5964) y de 20 de julio de 2011 (RJ 2011\6134) lo definen como “acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad”, lo que “impone que llegue a poder y conocimiento del requerido, si bien es cierto también que se entiende cumplido este requisito cuando es el propio comprador requerido quien, recibido el requerimiento, voluntariamente no toma conocimiento de su contenido”.



de un mes. A diferencia de lo que establece el art. 24 LCCI, en el requerimiento de pago necesario para ejercer la facultad rescisoria de la compraventa el promotor no tiene que advertir al comprador que si no abona en el plazo de un mes las cantidades vencidas y exigibles, rescindiré el contrato. Cabe además preguntarse si el requerimiento tiene que ser “renovado” cuando transcurra sin pago el tiempo suplementario dado para cumplir o si, por el contrario, bastará que el acreedor reclame el cumplimiento total. Del artículo comentado se desprende que una vez transcurra el plazo de un mes desde el requerimiento y la advertencia sin que el deudor pague las cantidades vencidas y exigibles, el promotor podrá rescindir el contrato, sin tener esta obligación de volver a requerir y advertir al prestatario. También cabe preguntarse qué sucede si el comprador realiza pagos parciales a cuenta durante el mes de requerimiento (posteriormente), pero anterior a la demanda, que no salda completamente la deuda. Pues bien, de la lectura del precepto se deduce que si la deuda no es completamente atendida, quedará habilitada la rescisión. Aunque el precepto establece que el plazo para el pago de las cantidades pendientes no puede ser inferior a 30 días, no hay razón para que el vendedor no otorgue al comprador un plazo más amplio. Por lo demás, si hubiera fiadores que respondieran por las cantidades no entregadas a cuenta del precio, el promotor debe requerir de pago no solo al comprador, sino también a los fiadores.

Nótese que la jurisprudencia, en casos de demora en el cumplimiento de obligaciones recíprocas o bilaterales, incluyendo el supuesto de retraso en el pago de deudas dinerarias, mantiene el criterio de que el simple retraso no justifica la resolución. En concreto, señala que solo un retraso de gran relevancia, o un plazo pactado como esencial, podrían fundar la pretensión de resolución contractual⁴³. Con todo, para asegurar que el incumplimiento del pago de las cantidades a cuenta por el comprador tiene como consecuencia segura la resolución, el prelegislador ha previsto un *Nachfrist*. Plazo de “cortesía” que, a diferencia del previsto en el artículo 1124 III CC, no es “excepcional” ni de origen judicial. En efecto, a modo de conducta ordenada por la buena fe, confiere al deudor una segunda oportunidad y al mismo tiempo proporciona seguridad sobre el éxito de la pretensión resolutoria cuando el nuevo plazo haya vencido⁴⁴. Porque cuando el acreedor da un plazo razonable al deudor incumplidor para que subsane el incumplimiento, y este no lo hace, debe entenderse que aquel puede resolver el contrato sin tener que probar ya que el retraso era esencial⁴⁵. En efecto, es *communis opinio* que si el acreedor concede un término de gracia para el cumplimiento, y el deudor no cumple al vencimiento, este incumplimiento es esencial y faculta a extinguir la relación⁴⁶. En general, debe valorarse como esencial el incumplimiento de la obligación de pago, que sigue a la

⁴³ STS de 20 enero de 2014 (RJ 2015\361).

⁴⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Comentario art. 1124 CC”, en *Comentarios al Código Civil* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), t. VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 12172.

⁴⁵ STS de 10 de marzo de 2001 (RJ 2001, 5965). En la PMDOC “el incumplimiento no esencial exige para resolver que el acreedor fije un plazo razonable al deudor para que cumpla o subsane la falta de conformidad, de manera que sólo cabrá resolver si éste no cumple o subsana en tal plazo razonable (art. 1200.1)”.

⁴⁶ STS de 12 noviembre de 2014 (RJ 2014\5911).



concesión de un nuevo plazo de duración razonable que el acreedor concedió con la advertencia de que el retraso nuevo será definitivo⁴⁷. Si el acreedor ha otorgado al deudor un plazo de gracia, hay mayor certeza de obtener, en caso de incumplimiento en el “nuevo plazo”, un pronunciamiento favorable a la pretensión resolutoria. Al acreedor no le es exigible seguir esperando, y un nuevo incumplimiento revelará que el deudor no quiere o no puede definitivamente cumplir⁴⁸.

5. Ejecución de la garantía (art. 35)

Lo más significativo del régimen proyectado, y de la DA1.^a LOE, es que a pesar de la rúbrica del art. 35 (“ejecución de la garantía”), el aval y el seguro de caución han perdido su carácter de título no judicial de ejecución que le atribuía el art. 3 Ley 57/68 en relación con el art. 517.2. 9º LEC⁴⁹. Quizá tenga sentido que el aval haya perdido carácter ejecutivo, porque las cantidades garantizadas son las efectivamente entregadas, y no el importe total garantizado que aparece en la póliza, es decir, la parte del precio adelantado. Con todo, esto no es un argumento suficiente, porque la liquidez puede resultar de alguna otra forma. Es decir, el título ejecutivo podría integrarse con cualquier comprobante de ingreso de las cantidades, aunque estos documentos no fueran ejecutivos conforme a la LEC⁵⁰. Por lo demás, este precepto no trata en rigor de la ejecución de la garantía, sino de la relación interna entre comprador y promotor. Y sobre esta relación interna ya hemos tratado con anterioridad.

En este punto puede divagarse sobre qué puede entenderse por la “falta de entrega” de la vivienda que permite al comprador la rescisión del contrato. Preliminarmente debe apuntarse que por entrega de la vivienda hay que entender la entrega efectiva, es decir, la entrega de llaves, y no la tradición instrumental⁵¹. Pero lo más interesante es cuestionarse si en el concepto de falta de entrega pueden incluirse otras vicisitudes determinantes de ineficacia contractual distintas de la no terminación o de la falta de autorizaciones exigibles para la ocupación de la vivienda, como embargos, cargas hipotecarias, enajenación a terceros, anulabilidad no imputable al comprador.

La STS 527/2016 se pronuncia sobre si la anulabilidad de contrato de compraventa de vivienda futura por vicio del consentimiento contra el vendedor y su aseguradora podía ser acumulada con éxito a la de restitución de las cantidades anticipadas entregadas, todo ello, con indemnización de daños y perjuicios. Las sentencias de instancia desestimaron la segunda de las acciones por entender que la construcción llegó a buen fin, por cuanto que la vivienda se construyó en plazo y se obtuvo licencia de primera ocupación. Y

⁴⁷ Tal como se establece en los arts. 47, 49.1.b), 63 y 64.1.b) Convenio de Viena y en el art. 66 bis 2 II TRLGDCU

⁴⁸ [SSTS de 6 noviembre de 1991 \(RJ 1991, 7936\)](#), de [17 julio de 2007 \(RJ 2007, 4939\)](#), de [23 de julio de 2007 \(RJ 2007, 4702\)](#) y de [2 julio de 2008 \(RJ 2008, 4712\)](#).

⁴⁹ GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.

⁵⁰ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., p. 611.

⁵¹ CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., p. 612.



entendieron que lo que determinaba la resolución del contrato en el caso no era el incumplimiento del vendedor, sino una causa de anulabilidad motivada por el desconocimiento de la existencia de un litigio que podría dar lugar a la revocación de la licencia de construcción ya otorgada. Pues bien, según el TS “la obligación de entrega presenta un doble aspecto: físico o material, consistente en la puesta en posesión que, en el caso de inmuebles puede entenderse producida por el otorgamiento de la escritura pública; y otro jurídico, que se refiere al cumplimiento de aquellas condiciones necesarias para que quede garantizada la posesión legal y pacífica de la cosa a favor del comprador”, conforme al art. 1462 CC, esto es, la entrega de la vivienda en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos. Y añade que “la obligación asumida por el vendedor de una vivienda se extiende a poner al comprador en la pacífica posesión de un espacio independiente que no solo aparentemente sea una vivienda, sino que se adapte a las exigencias urbanísticas, a fin de que no exista obstáculo alguno a la obtención de la finalidad pretendida por el comprador”. En consecuencia, el vendedor responde no solo de la falta de entrega de la vivienda en condiciones de habitabilidad [art. 34 a) del Anteproyecto y ap. Tres a) DA1ª LOE], sino también de la incertidumbre en la que se sitúa al comprador por la falta de entrega de la licencia ante el posible riesgo de futura demolición de lo construido y adquirido, lo que equivale a un incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar la vivienda en un determinado plazo⁵². En efecto, se aplica la Ley 57/68 cuando la vivienda se encontraba terminada cuando el comprador fue requerido para otorgar la escritura pública, pero, sin embargo, no en disposición administrativa de ser entregada, y no por deficiencias de habitabilidad sino urbanísticas, con el consiguiente miedo y pérdidas de expectativas. Por todo lo anterior, la existencia de ilegalidades urbanísticas no puede considerarse como algo que escapa al ámbito de la Ley 57/68. En conclusión, las garantías legales de las cantidades anticipadas para adquisición de viviendas que regula la ley 57/68 y la DA1ª-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 de naturaleza urbanística (STS 137/2016).

Por otro lado, con la regencia de la Ley 57/68 parece que tampoco podía pedirse “la ejecución de la garantía” cuando la vivienda se había entregado gravada con una anotación de embargo o una hipoteca. Con todo, el art. 23.3 de la Ley 8/2012 de la Vivienda de Galicia establece que la garantía de devolución de los anticipos efectuados se extenderá a los supuestos en los que “la vivienda vendida y entregada finalmente a la persona compradora apareciese gravada con cargas distintas de las pactadas”. En este sentido, la STS 258/2019 ha admitido la resolución contractual y la devolución de las cantidades anticipadas, con responsabilidad de la entidad avalista en un caso de construcción finalizada, porque el promotor no canceló las cargas hipotecarias pendientes antes del otorgamiento de la escritura pública de compraventa. Ahora bien, se ha sostenido que esta doctrina, dictada en asuntos sometidos a la Ley 57/68, es incompatible

⁵² GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.



con el art. 35 de la norma proyectada y con el ap. 5 DA1.^a LOE, porque según estos preceptos, la cancelación de la garantía se produce con la expedición de las autorizaciones que autorizan la ocupación del inmueble, siempre que el tomador acredite la entrega efectiva, o que esta ha sido rehusada por el comprador. Así, se entiende que la garantía por cantidades entregadas a cuenta habrá agotado su finalidad a pesar de esas faltas de conformidad que constituyen riesgos ajenos a las garantías previstas en la DA1.^a LOE⁵³.

Además, la jurisprudencia ha sostenido que quedan garantizadas las cantidades anticipadas por los compradores de vivienda que después de que la promotora quebrara y no les entregara el piso en el plazo establecido, concurren a la adquisición del piso comprometido, que adquieren y terminan a su costa, a un coste finalmente menor que el precio total comprometido en el contrato. Posteriormente, los mismos compradores reclaman del avalista la devolución de las cantidades pagadas adelantadamente, aval que había sido emitido en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 57/68. La entidad avalista entiende que no se produce el supuesto de hecho de la ley, porque el piso fue finalmente entregado, y acusan de enriquecimiento injusto la petición de los actores. Pues bien, la STS 459/2019 estima la demanda y rechaza las alegaciones de la entidad avalista. La decisión es correcta. El derecho al pago del aval se devenga cuando el promotor no ha terminado o entregado la vivienda en el tiempo prescrito en el contrato. Como he explicado, si el contrato no está ya resuelto, como ocurría en este caso, la reclamación al vendedor y al asegurador supone la resolución. El derecho al reembolso de estas cantidades no es una “indemnización” por el daño sufrido por el incumplimiento del promotor, ya que en tal caso habría que haber considerado el curso de los acontecimientos posteriores para decidir si los compradores sufrieron finalmente un daño emergente⁵⁴. El derecho de reembolso es una deuda restitutoria que se devenga en un tiempo cierto y es inmune al curso posterior de los acontecimientos en el patrimonio de su acreedor. No importa ya si la vivienda se entregó más tarde o no o si se acabó pagando por ella un precio menor que el acordado. Únicamente no hubiera procedido el devengo de la deuda si el promotor hubiera seguido su actividad de cumplimiento como consecuencia de una prórroga tácita (muy frecuente) concedida por el comprador. Lo mismo sucede cuando el comprador recupera del avalista las cantidades adelantadas y luego adquiere otra vivienda mejor y más barata. “Por consiguiente, un crédito dinerario es inmune como regla al estado patrimonial general de su titular con posterioridad al tiempo de devengo”⁵⁵.

Finalmente, reza el art. 35 del Anteproyecto, y también la DA1.^aLOE, que el comprador podrá conceder al promotor una prórroga, “que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado”, especificando el nuevo periodo. Pero es esta una exigencia innecesaria respecto al promotor y comprador, e insuficiente frente al garante, pues será este y no el promotor quien deba consentir la prórroga.

⁵³ GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.

⁵⁴ Por ello, el avalista o el asegurador no han de indemnizar a los compradores por los daños morales derivados de la falta de entrega de la vivienda por parte del promotor [STS (Sala de lo Penal) 192/2016].

⁵⁵ CARRASCO PERERA, Á., “¿Se enriquece el comprador que finalmente consigue la vivienda y le devuelven las cantidades que adelantó? Lección para garantes”, *GA-P*, 15/10/2019.



6. Cancelación de la garantía (art. 36)

En el mismo sentido que la DA1^aLOE, dice la norma proyectada que, expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda.

El art. 4 de la Ley 57/68 también establecía que la garantía solo podía ser cancelada una vez sea expedida la cédula de habitabilidad y entregada la vivienda al comprador, pero según la jurisprudencia el aval o seguro previsto en la Ley 57/68 tampoco garantizaba la devolución de las cantidades por defectos ruinógenos o por la falta de calidad de la vivienda entregada (SSTS 20 febrero 1989, 18 febrero 1993 y 14 abril 1993). Además, la jurisprudencia ha declarado que las garantías deberán cancelarse una vez expedida la cédula de habitabilidad, aunque, incumpliendo el contrato de compraventa, la vivienda no haya sido entregada al comprador sino a un tercero (STS 159/2000). En contra, el art. 24.3 de la Ley 8/2012 de Vivienda de Galicia establece que la garantía de devolución de los anticipos efectuados se extenderá a los supuestos en “los que la vivienda que debiese entregarse a la persona compradora hubiese sido vendida a una tercera persona”. Aunque ya hemos tratado sobre causas de cancelación de las garantías distintas de las previstas legalmente, cabe apuntar que según la STS 133/2015, “la extinción por mutuo disenso de los contratos de compraventa de vivienda sujetos a la Ley 57/68 extingue también la garantía de las cantidades anticipadas a cuenta del precio, siempre que ese mutuo disenso sea anterior al vencimiento del plazo para el inicio de la construcción o, si esta ya se hubiera iniciado cuando se celebró el contrato de compraventa, al vencimiento del plazo establecido para la entrega de la vivienda”.

7. Publicidad en la promoción de viviendas (art. 37)

El Anteproyecto es idéntico en este punto al ap. 6 DA1.^a LOE, que su vez recoge prácticamente el texto del art. 5 Ley 57/68. En resumidas cuentas, el precepto proyectado indica que en la publicidad se informará que el promotor ajustará su actuación a las exigencias del Anteproyecto, la denominación de la entidad garante y la entidad de crédito donde se encuentre la cuenta especial. Obsérvese que fundamentalmente se trata de la misma información que debe suministrarse en el contrato (art. 34), aunque la trascendencia de esta exigencia se encuentra en que la información facilitada tanto en la publicidad como en el contrato deberá ser idéntica y libre de incongruencias⁵⁶. Si esta información se encuentra en la publicidad, pero no en el contrato, aquella integrara este, *ex art. 61 TRLGDCU*.

8. Infracciones y sanciones (art. 38)

⁵⁶ ALMARCHA JAIME, J., “Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras (LOSSEAR)”, cit.



La regulación sobre infracciones y sanciones es también idéntica a lo establecido por la DA1.ª LOE. Ya no solo cabe infracción conforme a la legislación específica de materia de ordenación de la edificación, sino que también constituirá una infracción en materia de consumo, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la DGSFP. Por tanto, una acción u omisión puede constituir una triple sanción: en materia de consumo, por parte de la DGSFP y por parte de la legislación específica en materia de ordenación de la edificación. Caen las aseguradoras en un agravio comparativo respecto de las entidades financieras, puesto que nada se dice sobre las competencias sancionadoras atribuidas al Banco de España⁵⁷. Por lo demás, se desprende del precepto que el promotor es el único que puede incumplir esta norma. Pero también el banco que no vigila la constitución de la garantía, el banco que no se cuida del destino de fondos en la cuenta especial o en definitiva el avalista que no cumple las obligaciones que le impone la norma⁵⁸. Por lo demás, el incumplimiento por el promotor del deber impuesto por la Ley 57/68 puede tener como consecuencia que se estime la acción de responsabilidad contra administrador de la sociedad promotora (STS 200/2019)⁵⁹.

Finalmente, se indica que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía dará lugar a una sanción de hasta el 25 por ciento de las cantidades cuya devolución deba ser “asegurada”, pero lo más apropiado habría sido utilizar el término garantizada, para ser coherente con los avalistas. Por otra parte, el Estado carece de competencia para tipificar infracciones específicas en materia de ordenación de la edificación, por lo que si no existe una norma autonómica no se puede imponer una sanción del hasta el 25 por ciento de las cantidades⁶⁰. Además, esta norma no podía ni puede obligar a las CCAA, que pueden establecer su propio régimen sancionador en virtud de sus competencias exclusivas en materia de vivienda y consumo⁶¹. Pero es que ni siquiera la norma proyectada tendría eficacia supletoria, puesto que se limita a establecer un mínimo, pero no contiene una regulación detallada de las cuantías ni de los criterios de graduación de la infracción, suficiente para satisfacer las exigencias del principio constitucional de tipicidad del Derecho sancionador⁶².

9. Apéndice: Derechos irrenunciables y transacciones

⁵⁷ ALMARCHA JAIME, J., “Modificaciones introducidas en el régimen de cantidades adelantadas a cuenta del precio durante la construcción en la compra de viviendas por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras (LOSSEAR)”, cit.

⁵⁸ CARRASCO PERERA, Á., “Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda”, cit.

⁵⁹ DÍAZ MORENO, A., “Acción individual de responsabilidad y devolución de cantidades a cuenta del precio de la vivienda”, *GA-P*, 22/03/2019

⁶⁰ CARRASCO PERERA, Á. y ALMARCHA JAIME, J., “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)”, cit., p. 492.

⁶¹ GONZÁLEZ CARRASCO M.ª C., “Las garantías de devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción”, cit.

⁶² CARRASCO PERERA, Á., “Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción”, cit., p. 614.



El carácter irrenunciable de los derechos que la Ley 57/68 otorga a los compradores, y que no aparece en el Anteproyecto ni en la DA1ªLOE, no supone que, una vez producido el incumplimiento del vendedor por falta de entrega de la vivienda en el plazo pactado y surgido por tanto el derecho del comprador a reclamar la devolución de las cantidades anticipadas, el comprador no pueda llegar a una transacción con el vendedor que implique una renuncia a recuperar la totalidad de las cantidades anticipadas, renuncia que beneficiará al garante en cuanto este responde por el vendedor. Una cosa es que, de existir, el aval o seguro deban garantizar la devolución total de las cantidades anticipadas (no siendo oponibles al comprador los límites cuantitativos) y otra que el comprador no pueda disponer de su derecho sobre los anticipos (incluyendo los intereses) y transigir, admitiendo que se le devuelva solo una parte (STS 459/2017)⁶³. En consecuencia, la entidad garante solo respondería en el caso de que el promotor incumpliera la obligación de restitución del *quantum* transigido. Porque, como es sabido, el art. 1826 CC dictamina que el fiador puede obligarse a menos que el deudor principal, pero no a más. Además, el artículo 1839 CC prevé que el fiador se subroga en los derechos del acreedor satisfecho, por lo que sería imposible que se subrogara por las cantidades a las que dichos acreedores-compradores renunciaron. Por ello el artículo 1852 CC libera al fiador de su obligación cuando por algún hecho del acreedor el fiador no pudiera subrogarse en sus derechos, hipotecas y privilegios⁶⁴.

La reciente STS 446/2020 también trata de determinar la eficacia, en el ámbito de unas compraventas de viviendas en construcción sometidas al régimen de la Ley 57/68, de unos documentos según los cuales los respectivos compradores reconocían haber recibido todas las cantidades avaladas entregadas a cuenta y liberaban al banco avalista de cualquier responsabilidad por este concepto, pese a que las cantidades entregadas a cuenta excedían de las constatadas en aquellos documentos. Según dicha sentencia “la liberación del banco de las cantidades entregadas tuvo como contrapartida suficiente el pago inmediato de las cantidades avaladas en los certificados individuales, evitando así a los compradores el tener que acudir a su ejecución ante los tribunales”. En conclusión, si la transacción es posible bajo la regencia de la Ley 57/68, *a fortiori* en aplicación de la DA1ªLOE o de la norma proyectada.

⁶³ Cfr. MILÁ RAFAEL, R., “Transacción y responsabilidad de la entidad de crédito que admitió pagos adelantados de los compradores de vivienda sin exigir la garantía de la Ley 57/1968”, *CCJC* núm. 107/2018, pp. 21 a 42.

⁶⁴ ALMARCHA JAIME, J., “Novedades jurisprudenciales sobre la responsabilidad de la entidad garante y la entidad de crédito en el ámbito de compraventa de viviendas mediante cantidades adelantadas”, *CESCO*, 18/10/2017.