

## EL SEGURO DE CAUCIÓN DE CANTIDADES ANTICIPADAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LOSSEAR. BREVE REFERENCIA AL CONCURSO DEL TOMADOR\*

JOSÉ MARÍA MAYOR CIVIT.  
ABOGADO. PROFESOR ASOCIADO DE LA UAB.  
josemaria.mayor@solunionseguros.com

*RESUMEN: La Ley 20/2015, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR) derogó la Ley 57/1968, relativa al percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y, en este Trabajo, hemos intentado realizar un análisis comparativo de las principales diferencias entre uno y otro régimen, pero centrándonos de manera principal en el impacto, negativo, que dicha reforma pueda tener en la protección de los compradores (adquirentes de la vivienda), que disfrutaban de la condición de consumidores y usuarios. En la ejecución del Trabajo se ha mantenido la sistemática impuesta por la LOSSEAR, pero se ha intentado empezar por las partes de la reforma más perjudiciales para el comprador y seguir por las de menor impacto en la protección de sus derechos. De las dos formas de garantía que autoriza dicha Ley, sólo hemos tratado el seguro de caución, sin casi hacer mención al aval bancario. En la última parte hemos hecho una brevísima referencia a los efectos que puede tener, para el adquirente de la vivienda, la declaración de concurso de acreedores del promotor. Al final del Trabajo hemos acompañado por su importancia, como Anexo I, la importante STS de 13 de septiembre de 2013<sup>1</sup>.*

*La compra de una vivienda es uno de los actos más importantes que una persona puede realizar durante su vida y, habitualmente, en la mayoría de casos es el fruto de importantes*

---

\* Ponencia presentada al Congreso Internacional de Seguros -“El contrato de seguros en la encrucijada”- celebrado los días 9 y 10 de noviembre de 2017 en la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, España).

<sup>1</sup> Abreviaturas empleadas en el trabajo: AC: Administración Concursal; AP: Audiencia Provincial; CCAA: Comunidades Autónomas; CC: Código Civil español; CE: Constitución Española de 1978; CCDC: Cuadernos de Derecho y Comercio; CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil; CdC: Código de Comercio español, de 1885; DAPLOE: Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; DGSFP: Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; LCO: Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. LCS: Ley 50/1980, del Contrato de Seguro; LEC: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; LH: Ley Hipotecaria, según texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946; LOE: Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; LOSSEAR: Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; RAP: Repertorio Aranzadi Audiencia Provincial; RJUAM: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid; RES: Revista Española de Seguros; RRCS: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro; ST: Sentencia; TS: Tribunal Supremo.

*esfuerzos y aborro durante muchos años, tales esfuerzos y el aborro conseguido, van unidos también a numerosas ilusiones personales y familiares.*

*Si la compra de la vivienda se hace “sobre plano”, es decir, cuando la vivienda que se desea adquirir no está aún construida, los riesgos de ver frustrada la adquisición son muy numerosos, por ello, en España, desde hace 50 años, este asunto es motivo de honda preocupación por parte del legislador, que deseaba no frustrar el fruto de tanto esfuerzo, del aborro y de las ilusiones que los acompañan<sup>2</sup>.*

SUMARIO: I. Antecedentes legislativos y la protección de consumidores y usuarios.- II. La razón de ser de la Ley 57/1968.- III. Diferencias más relevantes del régimen legal de la Ley 57/1968 respecto al impuesto por la DAPLOE:- 1. La garantía DESDE la obtención de la licencia de la edificación.- A) La reforma impuesta por la LOSSEAR se opone a la doctrina sentada por la STS (de Pleno) de fecha 13.09.2013.- B) La reforma impuesta por la LOSSEAR se opone, entre otras, a las SSTS de fechas 21.12.2015, 03.07.2013, 25.11.2014, 30/04/2015, 23/09/2015 y 09.03.2016.- C) Posibilidad de aceptar anticipos, por parte del promotor, antes de haber obtenido la licencia de edificación. La LOE y la legislación autonómica.- D) Posible solución a la menor protección del comprador.- 2. Los intereses que deberá abonar el asegurador serán los “legales”, no los de demora.- IV. Omisiones relevantes que padece la nueva legislación respecto a la preconstitucional.- 1. Renuncia de derechos.- 2. Falta de carácter ejecutivo del contrato de seguro de caución.- 3. Publicidad.- V. Cambios menos relevantes o similitudes entre ambas legislaciones: la de la Ley 57/1968 y el régimen impuesto por la LOSSEAR.- 1. Derecho a percibir las cantidades anticipadas.- 2. Requisitos de las garantías. La suma asegurada.- 3. Las figuras de tomador y asegurado.- 4. El régimen de excepciones y el impago de primas.- 5. La duración del contrato.- 6. El régimen de las prórrogas.- 7. La información contractual.- 8. La comprobación de datos y documentos.- 9. El incumplimiento del tomador/ promotor.- 10. Importe de la indemnización del asegurador.- 11. Derecho de subrogación frente a la cesión y al derecho de reembolso.- 12. Prohibición de venta de la vivienda.- 13. La cancelación de la garantía.- 14. Infracciones y sanciones.- 15. Régimen supletorio.- VI. Conclusión.- VII. Anexo. La STS de 13 de septiembre de 2013.

---

<sup>2</sup> MONDÉJAR PEÑA, M. I.: “El afianzamiento de las cantidades anticipadas en la compra de viviendas”. RJUAM, núm. 16, 2007, p. 210, al tratar esta forma de adquisición de vivienda “sobre plano” afirma: “Esta forma de adquirir una vivienda es muy insegura para el comprador, ya que son múltiples los peligros que le acechan hasta que se produce la entrega. Es probable que este negocio, tal vez el más importante de toda su vida, se convierta para algunas personas en una adquisición muy arriesgada al ser muchos los avatares que pueden dar lugar a que el comprador no llegue a obtener una plena satisfacción en su adquisición”.

## I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El Decreto de 24 de junio de 1955<sup>3</sup> aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre protección de viviendas de renta limitada, y dicho Reglamento autorizaba exenciones fiscales e importantes ventajas tales como préstamos complementarios o suministro preferente de materiales<sup>4</sup>.

El Decreto 9/1963, de 3 de enero<sup>5</sup>, reguló la entrega de cantidades a cuenta y la publicidad y venta de viviendas de protección estatal con anterioridad a la calificación definitiva y autorizó a que... “los promotores que construyan viviendas acogidas a la legislación protectora del Estado,.../... podrán percibir.../... cantidades a cuenta del precio, de los futuros beneficiarios, durante el período de construcción y antes de la calificación definitiva”. Dicho Decreto 9/1963 impuso por primera vez, al promotor, la obligación de garantizar el anticipo<sup>6</sup>.

La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas<sup>7</sup>, (en adelante Ley 57/1968) decidió “extender a toda clase de viviendas, “no sólo a las de renta limitada”, las medidas de garantía del Reglamento sobre protección de viviendas de renta limitada (Decreto de 24 de junio de 1955).

La Orden del Ministerio de la Vivienda 5 de octubre de 1968<sup>8</sup> desarrolló lo establecido en el art. 5 de la Ley 57/1968 y reguló con detalle los datos que debían contener la propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no fueran de protección oficial.

La Orden de 29 de noviembre de 1968<sup>9</sup> reguló, de forma detallada y minuciosa, el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas.

---

<sup>3</sup> El Decreto de 24 de junio de 1955 se publicó en el BOE núm. 197, de 16 de julio de 1955.

<sup>4</sup> El art. 15 de ese Reglamento, del Decreto de 24 de junio de 1955, afirmaba que “Podrán promover la construcción de viviendas de renta limitada [...] b) Los particulares, empresas constructoras o sociedades inmobiliarias que edifiquen con ánimo de lucro para ceder las viviendas en arrendamiento o venderlas”.

<sup>5</sup> El Decreto 9/1963, de 3 de enero, se publicó en el BOE núm. 11, del 12 de enero de 1963.

<sup>6</sup> La letra d), del art. 1) del Decreto 9/1963 obligaba: “Que por el promotor se ofrezca aval bancario suficiente o contrato de seguro que garanticen la devolución del importe total de las cantidades que entreguen los beneficiarios en el caso de que no se obtenga la calificación definitiva o no se termine la obra dentro de plazo fijado en la calificación provisional o prórroga reglamentariamente concedida”.

<sup>7</sup> La Ley 57/1968 se publicó en el BOE núm. 181, de 29 de julio de 1968.

<sup>8</sup> La Orden de 5 de octubre de 1968 se publicó en el BOE núm. 244, de fecha 10 de octubre de 1968.

<sup>9</sup> La Orden de 29 de noviembre de 1968 se publicó en el BOE núm. 292, de fecha 5 de diciembre de 1968.

Por último, en cuanto a la legislación preconstitucional se refiere, el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre<sup>10</sup>, aplicó la Ley 57/1968 a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas.

En la legislación preconstitucional, en materia de protección de consumidores y usuarios (en referencia a los compradores de viviendas “sobre plano”), la Ley 57/1968 fue pionera y la primera norma que mostró una sincera preocupación por esa protección, que ya se detallaba en la Exposición de Motivos de dicha norma<sup>11</sup>.

Respecto a la protección de consumidores, poco tiempo después de la promulgación de la Ley 57/1968, la Orden de 29.11.1968, ya citada, en el final del segundo párrafo de su preámbulo reiteró dicha preocupación<sup>12</sup>.

Dentro de los Principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo tercero, del Título I, de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) el art. 51, núms. 1º y 2º, <sup>13</sup> reconoce la protección de consumidores y usuarios, obviamente esta protección abarca todos los ámbitos, no sólo a los compradores de viviendas que abonaban cantidades anticipadas, aunque éstos también estarían incluidos. Matizamos este último punto *porque creemos que muy protectora para los consumidores y usuarios debía ser la Ley 57/1968 cuando, desde que entró en vigor la CE, aquella norma tardó casi 38 años en ser derogada, ya que estuvo en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015.*

---

<sup>10</sup> El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, se publicó en el BOE núm. 308, de fecha 24 de diciembre de 1968.

<sup>11</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 57/1968 imponía dicha protección con estas palabras: “La justificada alarma que en la opinión pública ha producido la reiterada comisión de abusos, que, de una parte, constituyen grave alteración de la convivencia social, y de otra, evidentes hechos delictivos, ocasionando además perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptan sin reparo alguno aquellos ofrecimientos, obliga a establecer con carácter general normas preventivas que garanticen tanto la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto”.

<sup>12</sup> Al final del segundo párrafo del preámbulo de la Orden de 29.11.1968 se decía: “El interés social del tema exige que los derechos de los asegurados se hallen respaldados por instrumentos jurídicos que reúnan condiciones mínimas suficientes y cuya eficacia discurra por cauces operativos que eviten dilaciones en el pago de capitales e intereses si llegan a producirse los incumplimientos señalados en la Ley”.

<sup>13</sup> Art. 51,1º y 2º CE: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

La siguiente norma que se refirió a la protección de consumidores y usuarios (sólo en el ámbito concreto de la materia que regulaba: el contrato de seguro) fue la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, (en adelante, LCS) en su art. 3<sup>14</sup>.

Finalmente la primera Ley que reguló esta materia fue la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente hasta el 1 de Diciembre de 2007).

La siguiente norma relativa a la protección de consumidores y usuarios es el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas<sup>15</sup>, dicha norma no ha sido derogada, hasta la fecha, por normas posteriores (ni por el Real Decreto Legislativo 1/2007, ni por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (en adelante, LOSSEAR).

En la actualidad la norma vigente, en materia de protección de consumidores y usuarios, es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>16</sup>.

Si atendemos al art. 3 de este RD Legislativo 1/2007: “A efectos de esta norma .../..., son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, a nadie le cabe ninguna duda, aunque no es este el momento para entrar en detalle en esta cuestión, que el particular, es decir, la persona natural o “física” (en terminología del Derecho Tributario) que entrega a un promotor<sup>17</sup> importes a cuenta para la compra (sobre

---

<sup>14</sup>Art. 3 LCS: “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

<sup>15</sup> El art. 7 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril afirma: “En el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57/1968”.

<sup>16</sup> Norma publicada en el BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

<sup>17</sup> A lo largo de este Trabajo entenderemos por “Promotor” el que es definido por el art. 9,1 LOE, que lo conceptúa como: “... cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”.

plano) de una vivienda, es un consumidor o usuario y, por tanto, resulta acreedor de toda la protección que el ordenamiento jurídico español le otorga en esta materia.

Lamentablemente, en materia de entrega de anticipos en la compra de vivienda sobre plano, los derechos de los consumidores y usuarios (compradores, en nuestro caso) han sufrido un importante retroceso, que nos atrevemos a calificar de alarmante, desde la entrada en vigor de la LOSSEAR, ya que el número Cuatro de la Disposición final tercera LOSSEAR modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, LOE) y contiene una “Disposición derogatoria tercera” que deroga la legislación citada<sup>18</sup>.

La LOSSEAR entró en vigor el 1 de enero de 2016 aunque la materia relativa al régimen de la póliza que cubre el riesgo de no entrega de la vivienda y/o no devolución de anticipos, por parte del promotor, se pospuso al día 1 de julio de ese año<sup>19</sup>.

En cualquier caso, la materia de anticipos de viviendas, desde esa fecha, se regula por la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en adelante DAPLOE.

Este *grave retroceso en la protección del comprador de la vivienda que entrega anticipos a cuenta* es el que nos encargaremos de explicar en el presente Trabajo.

## II. LA RAZÓN DE SER DE LA LEY 57/1968

Si por leitmotiv el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua entiende el “motivo central o asunto que se repite”, en el caso de la Ley 57/1968, el leitmotiv u objetivo central, la razón de su promulgación, fue proteger a la persona particular que entrega (a otro particular, empresa constructora o sociedades inmobiliarias que

---

<sup>18</sup> El número Cuatro de la Disposición final tercera modifica la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación contiene una “Disposición derogatoria tercera” que afirma: “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley y, en particular, las siguientes: a) La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas; b) El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas; c) La Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas, en lo que pudiera estar en vigor”.

<sup>19</sup> La Disposición transitoria tercera de la LOE (Ley 38/1999) afirma: “Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la disposición final 3ª.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción» de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación”.

edifiquen con ánimo de lucro para ceder las viviendas...) una cantidad anticipada para adquirir una vivienda que no está aún construida porque que debe construirse.

En materia de anticipos de viviendas, la persona que en aquella época (y en la actual) entregaba (o entrega) a un o a una Cooperativa, una suma de dinero lo hacía (o lo hace) con la única finalidad de obtener, al cabo de un tiempo pactado previamente en un contrato, una vivienda, que podrá dedicarla a lo que le parezca oportuno: domicilio habitual, residencia familiar permanente, segunda residencia<sup>20</sup>.

La claridad, nos atrevemos a decir, la rotundidad, de este leitmotiv, lo vemos trasladado al texto del art. 1 de la Ley 57/1968:

“Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Primera. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el seis por ciento de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, *para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido*”.

El art. 1 de la Ley 57/1968 no imponía ningún otro requisito, condición alguna o “momento temporal” al particular/comprador para que éste pudiera recuperar el dinero entregado a cuenta de una vivienda comprada sobre plano.

Respecto a la falta absoluta de requisitos previos para que el comprador pudiera recuperar el dinero que había entregado a cuenta, la Orden de 5.10.1968, ya citada, lo reafirmaba en su art. 1<sup>21</sup>. Es decir, el adquirente de la vivienda quedaba protegido desde el primer momento de la entrega del primer anticipo a cuenta de la vivienda y la norma legal no imponía ningún otro requisito temporal o condición previa.

Respecto a la absoluta falta de requisito temporal o condición previa alguna, nos remitimos al Preámbulo de la Orden de 29.11.1968<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> La STS 20 enero 2015 (Id Cendoj: 28079119912015100011) al referirse a la Ley 57/1968 también incluye, en la protección, a los compradores de viviendas para uso residencial e incluso de temporada.

<sup>21</sup> El art. 1 de la Orden de 5.10.1968, afirmaba: “La propaganda y publicidad, por cualquier medio de difusión, de la cesión de viviendas [...], mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, deberá contener, [...]”.

<sup>22</sup> El Preámbulo de la Orden de 29.11.1968 decía: “La Ley 57/1968, [...] exige a las personas físicas y jurídicas que promuevan estos negocios y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero

### III. DIFERENCIAS MÁS RELEVANTES DEL RÉGIMEN LEGAL DE LA LEY 57/1968 RESPECTO AL IMPUESTO POR LA DAPLOE:

En este apartado vamos a intentar establecer las principales diferencias entre la legislación preconstitucional y la aprobada por la LOSSEAR, en vigor desde el 1 de enero de 2016. El orden que vamos a seguir en nuestra explicación será desde las modificaciones que consideramos más perjudiciales y restrictivas de derechos individuales para el comprador hasta las menos perjudiciales o, si se nos permite el calificativo, indiferentes para el consumidor o usuario.

El Uno DAPLOE regula las obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas y en su núm. 1 se afirma que “las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

Las dos primeras y más importantes modificaciones restrictivas de los derechos del comprador las encontramos ya en la letra a) del núm. 1 citado, al tratar la primera condición que debe cumplir el promotor de viviendas y que es la siguiente, a saber:

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

#### 1. La garantía DESDE la obtención de la licencia de la edificación

Este va a ser el punto que intentaremos tratar con mayor profundidad, por la gravedad de la situación que crea frente al asegurado, comprador de la vivienda sobre plano.

Vamos a intentar explicar, de la manera más clara posible, el grave retroceso que ha sufrido la protección de los derechos del adquirente de una vivienda que entrega, a un promotor, anticipos a cuenta de una vivienda que aquél debe construir.

En ningún momento en la Ley 57/1968 dejaban de cubrirse las cantidades entregadas por el comprador *antes de la obtención, por parte del promotor/tomador de la licencia de*

---

antes de iniciar la construcción o durante la misma, la obligación de garantizar la devolución de tales cantidades más el 6% de interés anual para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido”.



*edificación* y ya en el art. 1 de la citada Ley (hoy derogada) se afirmaba: “Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero *antes de iniciar la construcción o durante la misma*, deberán cumplir las condiciones siguientes: [...]”.

La situación, en los casos que se puedan producir en el futuro, puede ser alarmante (la Ley 57/1968, como hemos dicho antes, hablaba de “justificada alarma”), hasta tal punto que podría volverse a la situación anterior a 1968, y nos preguntamos:

- ¿Qué ocurrirá con las cantidades que el adquirente haya entregado al promotor antes de que aquél obtenga la licencia de edificación?

- ¿Y si el promotor no llega a obtener nunca dicha licencia porque la Administración se la deniega por diferentes razones?

- ¿Y si el promotor es declarado en situación de concurso de acreedores antes de obtener la licencia?

Efectivamente, sí podemos imaginar la alarma social que pueden provocar estas situaciones, y será idéntica a la que se vivió en épocas que creíamos superadas y que quería evitar la Ley 57/1968.

El hecho que acabamos de denunciar lo ha puesto de manifiesto la Doctrina<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A.: “Comentarios a la LOSSEAR y ROSSEAR”, *RES*, núms. 165-166, año 2016, p. 159: “la obligación del promotor se limita a garantizar la devolución de las cantidades desde la obtención de la licencia de la edificación, por lo que no se regula qué sucede en aquellos supuestos (principalmente, en proyectos impulsados por cooperativas) en los que el proyecto se inicia y se realizan aportaciones por los adquirentes de las viviendas muchos años antes de que se obtenga la licencia de edificación”.

REGALADO, J. A./ NISTAL VÁZQUEZ, Á./ GRASA D.: “La responsabilidad de las entidades financieras por las cantidades anticipadas en compraventas de viviendas sin edificar”, *CCDC*, núm. 65, año 2016, p. 343. “Parecería que en los proyectos en que se adelantan las aportaciones de los compradores muchos años antes de que el promotor obtenga la licencia de edificación, dicha práctica se encontraría fuera de normativa”.

CARRASCO PERERA, Á. L./ 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)”, *RES*, núm. 167, 2016, en la p. 484 afirma: “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 con la consecuencia de que las entidades aseguradoras podrán volver a comercializar los llamados seguros de “Tramo I”, que la citada St. reprobó 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 obligatoria. Se ha consagrado un deliberado

A) La reforma impuesta por la LOSSEAR se opone a la doctrina sentada por la St. TS (de Pleno) de fecha 13.09.2013

Desde nuestro punto de vista la intención de legislador al obligar a garantizar los importes anticipados *a partir de* la obtención de la licencia de edificación, es burlar la doctrina sentada por el TS en su St. (de Pleno) de fecha 13 de septiembre de 2013<sup>24</sup>. No exageramos si decimos que dicha St. marcó en España un “antes y un después” en el ramo del seguro de caución.

Por la importancia de dicha St. TS la hemos reproducido, de forma algo resumida y sólo a los efectos que nos interesan<sup>25</sup>, en un Anexo al final de este Trabajo, para que pueda ser consultada por el lector.

El supuesto de hecho era, resumidamente, el siguiente:

1.- Los cooperativistas de la Cooperativa “Jardines de Valdebebas, Sociedad Cooperativa Madrileña” entregaron a la misma, a lo largo de 2007, unos importes a cuenta de las viviendas que la Cooperativa debía construir; los compradores (cooperativistas) entregaron el dinero creyendo que serviría para comprar las viviendas que se iban a construir, de modo que las personas que luego serían demandantes se fueron incorporando a la cooperativa mediante un contrato por cada

---

retroceso en el nivel de protección que el adquirente de vivienda a plazos había recibido hasta ahora de los Tribunales”.

BUSTO LAGO, J. M.: “Aplicación del régimen jurídico de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de vivienda de construcción futura a la promoción en régimen de cooperativa. Responsabilidad exclusiva de la entidad gestora frente a la cooperativista y desvinculación de ésta de la cooperativa de conformidad con las previsiones estatutarias. Comentario a la STS de 12 de julio de 2016”, *CCJC*, núm. 103, 2017, pp. 398-399 afirma: “... la nueva regulación supone una continuación de lo dispuesto en la Ley 57/1968, constituyendo una de las modificaciones más reseñables que la obligación de garantizar por el promotor surge desde la obtención de la licencia (urbanística) de edificación. [...]”

Desde esta perspectiva la nueva regulación genera tanto desprotección –piénsese en el caso en que la licencia urbanística o de edificación no llegara a solicitarse, o si es denegada y la sociedad promotora es declarada en concurso- como perjuicios para los compradores que ingresen cantidades con anterioridad a la obtención de la licencia de edificación por parte del promotor, momento que seguramente sea desconocido por aquéllos”.

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”, *Centro de Estudios de Consumo*, 24.10.2015 (Fuente: [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)). En la p. 2 afirma: “... tampoco se entiende la diferencia real ente la aportación hecha por un adquirente, sea o no el mismo, antes o después de la obtención de la susodicha licencia, [...], la falta de regulación sobre las cantidades anticipadas antes de la obtención de la licencia de edificación hará que la situación y protección de los adquirentes siga en el limbo. [...] Tenemos ante nosotros una auténtica falacia”.

<sup>24</sup> La STS 13 septiembre 2013 (Id Cendoj: 28079119912013100020).

<sup>25</sup> Nos referimos a que en el resumen acompañado de la STS citada no entraremos en cuestiones ajenas a este Trabajo como son, p.ej., la posible recusación de dos Magistrados (que finalmente el TS no admitió) o el abono de intereses del art. 20 LCS, aspecto sin ninguna relevancia para la cuestión que aquí ventilamos.

vivienda, con su plaza de garaje y trastero, denominado “CONTRATO DE ADHESIÓN Y ADJUDICACIÓN PROVISIONAL CON DERECHOS DE SUELO PARA CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS Y GARAJE DE JARDINES DE VALDEBEBAS S. COOP. MD”.

2.- Cada contrato contenía un “DESGLOSE DEL PLAN DE PAGOS PROVISIONAL”, especificaba que las viviendas y plazas de garaje que promovía la cooperativa estaban en los terrenos sitios en el ámbito urbanístico US-4.1 Ciudad Aeroportuaria-Parque de Valdebebas, Madrid, *y advertía que la fecha en la que la cooperativa conocería la verdadera situación concreta de las parcelas sobre las que podrían construirse las viviendas sería el momento de la adjudicación de las parcelas resultantes por la Junta de Compensación.*

3.- Además, en la estipulación XII de cada contrato se hacía constar que las cantidades entregadas por el socio quedarían inmovilizadas e intervenidas por una compañía de seguros y reaseguros en la cuenta especial bloqueada de “Caja Duero” hasta la entrega de cantidades para la “señalización del suelo”, la escrituración notarial de los terrenos, los gastos que comportaba la urbanización u otras necesarias para el proceso de desarrollo y realización de la promoción, aceptando el socio que sus datos se pudieran trasladar a la compañía de seguros *“a los solos efectos de controlar la situación económica de la promoción que se garantiza con la póliza global y la individual de caución”.*

4.- La Cooperativa contrató con la aseguradora ASEFA los seguros de caución y le entregó a cada asegurado el correspondiente Certificado Individual de seguro cubriendo los importes anticipados, pero esos seguros de caución encubrían lo siguiente:

a) Las condiciones particulares de la póliza describían el tipo de riesgo como “SEGUROS DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DEL BUEN FIN DE LOS ANTICIPOS DE LOS COOPERATIVISTAS DE LA PROMOCIÓN, 120VRL+50 VPP ÁMBITO URBANÍSTICO VALDEBEBAS. US 4.01”.

b) Los Certificados individuales expresaron lo siguiente: “el presente Certificado de Seguro de Caución *no* garantiza el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas,.../...”.

*Resulta obvio aclarar que nunca y en ningún momento dicha Cooperativa, cuando recibió los anticipos, disponía de ninguna licencia de edificación para construir viviendas.*

Antes que transcurrieran tres años la Cooperativa fue declarada en concurso de acreedores y cuando los compradores (unas 50 personas) requirieron a la aseguradora para que devolviera los importes anticipados (unos 5.100.000,- €) aquélla se negó; en ese momento los perjudicados reclamaron judicialmente y la aseguradora contestó la demanda aduciendo que ... “la póliza global de seguro de caución no garantizaba el buen fin de la promoción sino únicamente que las cantidades ingresadas en las cuentas especiales no se dedicaran a fines ajenos a la cooperativa” (!!).

Por ello, la controversia de fondo se centró en si dicho contrato de seguro era de los previstos con carácter obligatorio en la Ley 57/1968 o, por el contrario, se trataba de un seguro voluntario, de los conocidos en la práctica aseguradora como “de Tramo I”, que únicamente garantizaba que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinaran a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, tesis de la aseguradora demandada.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a la aseguradora a pagar la totalidad de los importes anticipados por cada comprador pero, tras el recurso de apelación interpuesto por ASEFA, la Audiencia Provincial de Madrid la absolvió con argumentos como los siguientes:

1.- “En las condiciones particulares no se habla para nada de la Ley 57/1968. Al definir el tipo de riesgo se dice que es seguro de caución en garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas de la promoción”, las Condiciones especiales..., de forma muy clara dicen que su objeto no es el de la Ley 57/1968, sino el de garantizar que las cantidades entregadas se destinen exclusivamente para atender las necesidades de financiación de la promoción ya citada.

2.- Podemos decir que el seguro no era el de la Ley 57/1968; era otro tipo de seguro distinto, y esto pese al suplemento de aclaración de la póliza emitido por Asefa el 15 de diciembre de 2008, pues en el mismo “*no se habla de la entrega de las viviendas sino del buen fin de las cantidades entregadas*”.

3.- De los contratos de adhesión de los demandantes se desprende que *ni tan siquiera se habían comprado los terrenos ni el proyecto estaba redactado*, desde este punto de vista cabía concluir que el seguro contratado no era el de la Ley 57/1968 sino un seguro distinto, “tan distinto como que *la cláusula 12ª dice cuál era el destino de las cantidades aseguradas: suelo, gastos notariales, proyecto, etc., pero no dice que sean las entregadas para la construcción, que son a las que se refiere la Ley 57/1968*”.

4.- *El seguro concertado es el Tramo I*, cuya finalidad es controlar que las cantidades ingresadas se destinen al fin de la promoción: a la compra de los terrenos, su titulación, la redacción del proyecto, y cuyo riesgo no es la insatisfacción del adquirente de la vivienda por falta de iniciación de las obras o no terminarlas a tiempo: *se asegura el buen fin del gasto necesario para las fases preparatorias*.

Esto es así porque mientras el seguro de la Ley 57/1968 cubre el riesgo de que la obra no se empiece o no se termine por causa imputable al promotor o al constructor, el seguro aquí examinado, en cambio, no podía cubrir esas contingencias porque “*aún no se sabe cuál es el suelo ni se tiene el proyecto de obra que defina las viviendas ni se conoce, ni aun por aproximación, cuándo podrá comenzar la obra, ni se tienen licencias administrativas, ni calificación de la promoción, ni nada de nada. Solo hay una idea con un desarrollo muy embrionario*”.

5.- *La finalidad de ese seguro no puede ser la de garantizar la construcción de las viviendas, en esos momentos es imposible. Es garantizar que las cantidades entregadas a cuenta se ingresarán en una cuenta especial, y se emplearán en la compra de los terrenos, y en la confección del proyecto.*

Ante tales argumentos todos los asegurados perjudicados interpusieron recurso de casación ante el TS, quien lo estimó en su integridad, casando la sentencia con base en la siguiente argumentación:

1.- La razón básica o fundamental es que el contrato de seguro de caución, documentado en la póliza global de 22 de noviembre de 2007, describía el tipo de riesgo como "SEGUROS DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DEL BUEN FIN DE LOS ANTICIPOS DE LOS COOPERATIVISTAS DE LA PROMOCIÓN, 120 VRL+ 50 VPP ÁMBITO URBANÍSTICO VALDEBEBAS US 4.01" (significando "VRL" viviendas de renta libre y "VPP" viviendas de protección pública), y *por buen fin de los anticipos tan solo cabe entender, tanto en lenguaje jurídico como en lenguaje vulgar, la compra de los terrenos, el comienzo de las obras, su terminación y la entrega de las viviendas a los cooperativistas, quienes conforme al mismo contrato eran los asegurados, es decir los titulares del derecho a la indemnización*, según el art. 68 LCS, en caso de incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales por el tomador, es decir la cooperativa.

2.- El que los certificados individuales del seguro entregados a cada cooperativista dijeran no garantizar "el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas" es irrelevante, [...] *La limitación contenida en los certificados podrá ser un simple error o podrá ser una estratagema de la aseguradora en prevención de un futuro siniestro, pero resulta ineficaz contractualmente.*

3.- Cualquier duda interpretativa de las normas aplicables al caso tendría que resolverse aplicando la Constitución, y *es insostenible que después de la Constitución*, cuyo art. 47 reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y cuyo art. 51 impone a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, *la protección de cooperativistas que se encuentran en la misma situación que los demandantes pueda ser inferior a la que habrían tenido en el año 1968*, como si el detalle de las normas administrativas sobre cédulas urbanísticas y calificación provisional tenidas en cuenta por la sentencia impugnada fueran capaces de diluir una protección que, arrancando del año 1968, hoy solo puede entenderse reforzada y no disminuida.

*Tal doctrina fue reiterada por las SSTs 20 enero 2015<sup>26</sup> y 30 abril 2015<sup>27</sup>.*

A pesar de tan clara redacción y de una argumentación irrefutable desde todos los puntos de vista, con la DAPLOE actual, los cooperativistas de la Cooperativa "Jardines de Valdebebas, Sociedad Cooperativa Madrileña" se habrían quedado sin

---

<sup>26</sup> Id Cendoj: 28079119912015100011

<sup>27</sup> Id Cendoj: 28079119912015100022

cobrar ni un céntimo de los anticipos que habían entregado para adquirir una vivienda.

B) La reforma impuesta por la LOSSEAR se opone, entre otras, a las STS 21 diciembre 2015, 3 julio 2013, 25 noviembre 2014, 30 abril 2015, 23 septiembre 2015 y 9 marzo 2016

Es incomprensible desde todos los puntos de vista, y no se ajusta a Derecho, que la legislación postconstitucional, en esta materia, sea menos tuitiva que la preconstitucional y atenta frontalmente contra las SSTS que vamos a citar a continuación.

La STS 21 diciembre 2015<sup>28</sup> enunció: “*La jurisprudencia de esta Sala sobre la Ley 57/1968, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero no iban a recibir las viviendas), está presidida por el rigor con el que dicha ley, anterior a la Constitución, protegía a los compradores de viviendas para uso residencial, rigor que la Constitución no vino sino a reforzar* en sus arts. 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) – STS, de Pleno, de 20 de enero de 2015 (recurso núm. 196/2013)”.

Que la DAPLOE no imponga como obligatorio cubrir todas los anticipos que el comprador entregue al promotor, *ya sea antes o después de haber obtenido la licencia de edificación*, es del todo contrario y se opone frontalmente a la doctrina sentada por las STS 3 julio 2013<sup>29</sup> y 25 noviembre 2014<sup>30</sup> (esta última de Pleno) cuando ambas enuncian: “Es doctrina de esta Sala que **no** procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/1968, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores, pues con ello violaba el dictado de los arts. 2 y 68 LCS, pues la Ley 57/1968 no establece límites a dicho seguro, sino que exige la cobertura de *todas* las cantidades entregadas y la integridad de los intereses legales. Por todo ello debemos declarar, en este caso, la imposibilidad de establecer límites a las cantidades aseguradas inferiores a las sumas entregadas por los compradores y/o a los intereses legales”.

La STS 23 septiembre 2015 (de Pleno)<sup>31</sup> afirmó: “Esta Sala también ha declarado que el importe cubierto por el seguro debe comprender *todas* las cantidades entregadas a cuenta del precio, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el art. 2 de la Ley 57/1968 y el art. 68 LCS.”

---

<sup>28</sup> Id Cendoj: 28079110012015100690.

<sup>29</sup> Id Cendoj: 28079110012013100485.

<sup>30</sup> Id Cendoj: 28079119912014100021.

<sup>31</sup> Id Cendoj: 28079119912015100033.

La STS 30 abril 2015 (de Pleno)<sup>32</sup> ya se había pronunciado en el mismo sentido y además había añadido: “las cantidades objeto de protección por mor de la citada Ley 57/68, son todas aquellas que fueron anticipadas por el comprador mediante el correspondiente ingreso en una cuenta bancaria, sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales.”

Idéntica doctrina mantiene la STS 9 abril 2016<sup>33</sup>.

### C) Posibilidad de aceptar anticipos, por parte del promotor, antes de haber obtenido la licencia de edificación. La LOE y la legislación autonómica

La letra c) del art. 2 LOE incluye, como obligación del promotor, la siguiente: “Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra”, pero en ningún caso le prohíbe de forma terminante, en una promoción de viviendas, aceptar anticipos de compradores antes de haber obtenido la licencia de edificación, aunque la letra d) de dicho art. 2 LOE obligue al promotor a suscribir los seguros previstos en el art. 19 LOE, ninguno de ellos se refiere al seguro de caución que cubre los anticipos, sino a las garantías por daños materiales ocasionados por vicios y defectos de la construcción, que nada tiene que ver con el seguro de caución que aquí tratamos.

Por todas estas razones es una práctica habitual que un Promotor o Cooperativa solicite y acepte anticipos de viviendas de los particulares / compradores ANTES de disponer de la Licencia de Edificación, de hecho, en España, excepto en Extremadura y Cataluña, ninguna legislación autonómica, ni la propia LOE como hemos visto, prohíben solicitar anticipos antes de disponer de dicha Licencia (excepto alguna legislación autonómica si la vivienda va a ser declarada de protección pública o protección oficial).

En España son varias las Comunidades Autónomas, (en adelante, CCAA), siete en total, que han legislado sobre los anticipos de viviendas, la mayoría de estas legislaciones, a la hora de garantizar dichos anticipos, se remiten a la Ley 57/1968, pero en ninguna de ellas se impone el requisito de garantizar únicamente los importes anticipados *a partir de* la obtención de la licencia de edificación.

Extremadura es una de las CCA más protectoras en esta materia porque el art. 30,2 de la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de esa CCAA enuncia: “Para formalizar contratos de compraventa, *y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción*, se considera necesario disponer de los siguientes requisitos: a) Licencia urbanística de obras inmediatamente ejecutiva; b) Disponibilidad de los terrenos, debidamente justificada; c) Proyecto de ejecución con el visado que sea preceptivo y presentado en el Ayuntamiento; d) Previsión de

---

<sup>32</sup> Id Cendoj: 28079119912015100022.

<sup>33</sup> Id Cendoj: 28079110012016100142.

plazos de terminación y entrega de las viviendas; e) Previsión del régimen jurídico de la edificación”.

En Cataluña, las letras a) y c) del art. 63 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, afirman respectivamente: “Son requisitos previos para poder suscribir un contrato de transmisión de una vivienda en construcción o para recibir cualquier cantidad a cuenta: a) Disponer de una licencia de edificación que describa el inmueble objeto de la transmisión. [...] c) Tener otorgadas las garantías y los seguros legalmente exigibles”.

En cualquier caso, los arts. 122 a 126 de la citada Ley 18/2007, no tipifican como infracción muy grave, ni grave ni leve la no entrega al comprador del seguro de caución / aval / garantía a quien ha entregado un importe a cuenta en la compra de vivienda sobre plano.

En la Comunidad Valenciana la letra a) del art. 14,1 de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de dicha Comunidad, afirma: “Cuando la venta de las viviendas se produzca en proyecto o en construcción de las mismas, el vendedor deberá acreditar los siguientes extremos: a) La disponibilidad de los terrenos, proyecto técnico y licencia de obras [...]”.

El último párrafo del art. 15 de dicha Ley enuncia: “Cuando se trate de viviendas *de protección pública* de nueva construcción se exigirá, además, la autorización de la administración para percibir cantidades a cuenta, que requerirá la previa obtención de la cédula de calificación provisional y la acreditación mediante certificación registral de la titularidad y libertad de cargas del solar, [...]”.

La letra b) del art. 22,1 de la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja se pronuncia en sentido casi idéntico al art. 14, 1, a) de la Ley de la Comunidad Valenciana.

El art. 23.7 de la Ley 2/2007 de La Rioja parece *pensada para evitar situaciones como la que enjuició la importante STS 13 septiembre 2013* cuando enuncia: “Las normas legales sobre garantía de devolución de cantidades anticipadas serán de aplicación, siempre que concurren los presupuestos previstos en las mismas, a todos los negocios jurídicos, cualquiera que sea la denominación que las partes les dieran, en que se transmita a título oneroso una vivienda en proyecto o en construcción cuando el adquirente haya hecho entrega de anticipos dinerarios a cuenta de su contraprestación, incluidas las cantidades entregadas por cooperativistas y comuneros para la adquisición del suelo y construcción de las viviendas”.

Por ello, en principio, en Extremadura, Cataluña, Comunidad Valenciana y La Rioja, a pesar de la DAPLOE, un promotor no podría recibir anticipos a cuenta si previamente no dispone de la licencia de edificación y, de algún modo, sus ciudadanos quedarían más protegidos que en el resto de CCAA en las que se silencia este requisito.



Para el caso de viviendas de protección pública, el art. 32,3 de la Ley 9/2010, de 30 de agosto, del derecho a la vivienda de la Comunidad de Castilla y León enuncia: “Para poder percibir cantidades anticipadas para la construcción de viviendas de *protección pública*, el promotor deberá haber obtenido la calificación provisional”.

El núm. 4 del mismo art. 32 de esa Ley 9/2010, de 30 de agosto se refiere a las Comunidades de Propietarios y Cooperativas de viviendas y afirma: “Excepcionalmente, en las promociones de viviendas realizadas por cooperativas de vivienda, comunidades de propietarios o cualquier otra entidad cuya naturaleza determine que sus socios o partícipes resulten adjudicatarios o arrendatarios de las viviendas, podrán percibirse de los interesados además de lo recogido en el apartado anterior las cantidades precisas para la adquisición del suelo en el que se emplazarán las viviendas”, pero en ningún caso autoriza a no garantizar los anticipos entregados antes de haber obtenido la licencia de edificación.

Sólo para las viviendas protegidas, el art. 17.3 de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia enuncia: “Para poder percibir cantidades anticipadas para la construcción de viviendas protegidas, el promotor deberá haber obtenido la calificación administrativa que se determine reglamentariamente”.

Salvo error por nuestra parte la única norma autonómica que castiga como infracción grave (sancionable con multa de 3.001,- € a 15.000,- €) el hecho de “No avalar las cantidades anticipadas en los términos previstos en esta ley o sus normas de desarrollo” es esta norma autonómica de la Región de Murcia en la letra j) de su art. 66.

#### D) Posible solución a la menor protección del comprador

A pesar de todas esas normas autonómicas, si el promotor (ya sea una sociedad privada o Cooperativa de viviendas) acepta anticipos de particulares antes de obtener la licencia de edificación, incluso contraviniendo lo que ordenan algunas leyes autonómicas, en ese caso, por culpa de la DAPLOE, el comprador quedará desamparado y desprotegido por esos importes entregados antes de la obtención de dicha licencia de edificación.

Para justificar tal cambio alguien podría pensar en el viejo aforismo jurídico conforme al cual, “una decisión del legislador puede acabar con bibliotecas enteras de Jurisprudencia y Doctrina jurídica”, pero nos negamos a admitir tal premisa porque *no estamos ante una mera modificación legislativa, sin más* (motivado p.ej., por un cambio en las costumbres sociales) *sino que nos encontramos ante una verdadera merma de derechos del consumidor / asegurado que puede dar lugar a situaciones de verdadera alarma social.*

Ante la situación descrita, de gravísimo retroceso en la protección de los derechos de los adquirentes de viviendas, sólo nos queda preguntarnos: ¿cómo es posible que la legislación preconstitucional de 1968 sea más protectora de los derechos de los

consumidores y usuarios (compradores) que la legislación promulgada casi 40 años después de la entrada en vigor de nuestra Norma Suprema?

Para paliar tan grave situación, tan lesiva para los particulares/asegurados, se propone como única solución, que el Juez o Tribunal que tuviera que aplicar la norma interpusieran una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Dicha cuestión de inconstitucionalidad se regula en el Capítulo III del Título II, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en sus arts. 35 a 37<sup>34</sup>.

## 2. Los intereses que deberá abonar el asegurador serán los “legales”, no los de demora

La derogada Ley 57/1968, en su art. 1, núm. 1º, art. 2, letra a) y su art. 3, § 1, hacía referencia al pago de los intereses de demora del 6% que debía abonar el promotor en caso de haber incumplido con su obligación de entregar la vivienda al comprador, además, la obligación de abono de unos intereses de demora del 6% lo reiteraban numerosas normas relativas a esta materia<sup>35</sup>.

La DAPLOE hace referencia a la obligación de abono del “interés legal del dinero” o de “intereses” o de “intereses legales”, en numerosos apartados de la norma<sup>36</sup>, pero en ninguno de ellos se hace referencia a los intereses de demora, que son los que en justicia y equidad debería pagar el promotor incumplidor en lugar del interés legal de dinero.

A continuación vamos a explicar por qué, ya que nuestra legislación recoge varios ejemplos de pago de los intereses de demora:

1.- El primero y más importante es el art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El art. 7,1º de dicha norma establece: “El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el tipo legal que se establece en el apartado siguiente, [...]” y el núm. 3 de dicho art. 7 afirma que

---

<sup>34</sup> El art. 35,1 de la Ley Orgánica 2/1979 afirma: “Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

<sup>35</sup> Normas que imponían el interés del 6%: 1.- Art. 1, letra b), de la Orden del Ministerio de la Vivienda 5 de octubre de 1968, ya citada, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no fueran de protección oficial. 2.- El preámbulo de la Orden de 29 de noviembre de 1968, ya citada, sobre el seguro de fianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas y el art. 4º, núm. 2 de la letra f) de dicha Orden. 3.- El art. 2, letra a) y art. 4, del Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, ya citado, sobre aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio, a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas.

<sup>36</sup> La DAPLOE hace referencia a la obligación de abono del “interés legal del dinero” o de “intereses” o de “intereses legales”, entre otros, en los siguientes artículos: Uno, núm. 1 letra a), Uno núm. 2; Dos, núm. 1 letra b) y letra h), núm. 2 letra a); Tres, letra a) y Cuatro.

el Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo legal de interés de demora.

El tipo legal de interés de demora lo fija la Resolución de 27 de junio de 2017<sup>37</sup>, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el tipo legal de interés de demora aplicable a las operaciones comerciales durante el segundo semestre natural del año 2017. En el núm. 2 de dicha Resolución se afirma: “En consecuencia, a efectos de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 33.Tres de la Ley 11/2013, *el tipo legal de interés de demora a aplicar durante el segundo semestre natural de 2017 es el 8,00 por 100*”.

2.- El segundo caso de pago de intereses de demora es la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista de Ordenación. En el art. 17 de esa norma se hace referencia a los pagos a los proveedores y en el núm. 5 de dicho artículo hace referencia al tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses moratorios, que será el previsto en el art. 7 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, afirmando que en ningún caso podrá ser inferior... “al señalado para el *interés legal incrementado en un 50 por ciento*”<sup>38</sup>.

El interés legal del dinero para 2017 se fijó en un 3%<sup>39</sup>, por tanto, en el comercio minorista, los intereses de demora, en el segundo semestre de 2017, nunca podrían ser inferiores al 4,5%.

3.- El último caso de pago de intereses de demora que recogemos en el presente trabajo es el art. 20,4º de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cuando afirma: “En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este art un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a *2,5 veces el interés legal del dinero*”, por tanto, en ese caso, se podría admitir hasta un interés de demora (en el segundo semestre de 2017), del **7,5%**.

A la vista del análisis efectuado con unos ejemplos de nuestra legislación, respecto a los intereses de demora que debe cobrar un consumidor que ha sufrido un incumplimiento de lo pactado en un contrato, la DAPLOE tiene el triste récord de

---

<sup>37</sup> La Resolución de 27 de junio de 2017 se publicó en el BOE núm. 153, de 28 de junio de 2017, páginas 54769 a 54769.

<sup>38</sup> El art. 17,5º, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista de Ordenación afirma: “En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquel en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En esos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será el previsto en el artículo 7 de la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, salvo que las partes hubieren acordado en el contrato un tipo distinto, que en ningún caso será inferior al señalado para el interés legal incrementado en un 50 por ciento”.

<sup>39</sup>[https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos\\_de\\_Interes/Tipos\\_de\\_interes/Otros\\_tipos\\_de\\_i/otros-tipos/Tabla\\_tipos\\_de\\_interes\\_legal.html](https://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Otros_tipos_de_i/otros-tipos/Tabla_tipos_de_interes_legal.html)

ser la norma que reconoce el interés más bajo de todas ellas, es decir, el comprador de la vivienda será quien menos intereses cobre, porque el interés de demora, reconocido en estos casos, por la Ley 57/1968, en un seis por ciento, la DAPLOE lo rebaja hasta la mitad.

La DAPLOE rebaja el importe de los intereses de demora del 6% (Ley 57/1968) al “interés legal del dinero” por lo que *tampoco existe, en este punto, ninguna mejora en la protección de los intereses del comprador que ha sufrido el incumplimiento del promotor sino todo lo contrario: la posición del adquirente / comprador ha empeorado.*

No vemos que la protección del consumidor sea precisamente mayor con la reforma de la LOSSEAR que con la legislación preconstitucional de 1968, ya que si tenemos en cuenta que la legislación preconstitucional obligaba a abonar un 6% de interés al promotor incumplidor, *¿hasta qué punto de vista puede considerarse ajustado a Derecho que en la actualidad se rebaje dicho interés (por incumplir) a la mitad, cuando el interés de demora para el resto de operaciones en la actualidad es del 8%?*

#### IV. OMISIONES RELEVANTES QUE PADECE LA NUEVA LEGISLACIÓN RESPECTO A LA PRECONSTITUCIONAL

##### 1. Renuncia de derechos

El art. 7 de la Ley 57/1968 prohibía la renuncia a los cesionarios (compradores de viviendas) a los derechos que le concedía la dicha Ley con este redactado: “Los derechos que la presente Ley otorga a los cesionarios tendrán el carácter de *irrenunciables*”.

También en esta materia ha habido un retroceso y echamos de menos, en la DAPLOE, un artículo con redactado parecido, pero lo cierto es que no existe y esto ha sido puesto de manifiesto por algún autor: “*La eliminación del carácter de irrenunciables de los derechos otorgados por la Ley no la valoramos como procedente*”<sup>40</sup>.

Los defensores de la DAPLOE podrán objetar que ya existe el RD Legislativo 1/2007, anterior a la DAPLOE, cuyo art. 10 afirma: “La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”, así como el art. 86,6 y 86,7 del RD Legislativo 1/2007, que consideran Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, aquéllas que impongan renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación o la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario, pero entendemos que el texto en la

---

<sup>40</sup> CASADO CASADO, B.: “Percepción de cantidades a cuenta en la compra de viviendas. Resolución contractual y efectividad de la garantía. Jurisprudencia reciente y reforma tras la Ley 20/2015, de 14 de julio”, *InDret*, núm. 4, 2016, p. 17.

DAPLOE debería figurar una referencia expresa a que los derechos que ella concede son irrenunciables.

A modo de ejemplo de norma posterior al RD Legislativo 1/2007 que considera nula la renuncia de derechos del consumidor citamos la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, cuyo art. 5, en sus núms. 1 y 2 afirma, respectivamente: “Los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en esta Ley”, y “La renuncia a los derechos reconocidos por esta Ley a los consumidores y los actos contrarios a la misma son nulos. Los actos realizados en fraude de ley serán sancionados como tales según lo dispuesto en el art. 6 CC”.

#### A) Nueva vulneración de la Doctrina jurisprudencial

Cuando la DAPLOE omite deliberadamente la irrenunciabilidad de los derechos que dicha norma otorga al comprador, está vulnerando de nuevo, de manera palmaria y frontal, la Jurisprudencia sentada por las siguientes STS:

a) La STS 20 enero 2015 (de Pleno)<sup>41</sup>, que prohíbe “contravenir el carácter irrenunciable de los derechos que la Ley 57/1968 otorga a los compradores”. A tenor de esta STS, la irrenunciabilidad de derechos no es sólo una declaración, sin más, sino que “el carácter irrenunciable, conforme al art. 7 de la Ley 57/1968, del derecho que su art. 3 reconoce al comprador, consiste en optar entre la «rescisión» del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o la concesión de una prórroga al vendedor”.

b) La STS 25 noviembre 2014 (de Pleno)<sup>42</sup> afirma que según lo dispuesto en el art. 7 de la propia Ley 57/1968, sus preceptos son de derecho necesario, de *ius cogens* e irrenunciables.

c) La STS 9 marzo 2016<sup>43</sup> parte “... de la finalidad tuitiva de la norma (Ley 57/1968) y del carácter irrenunciable de los derechos de los compradores de viviendas en construcción”.

---

<sup>41</sup> Id Cendoj: 28079119912015100011

<sup>42</sup> Id Cendoj: 28079119912014100021

<sup>43</sup> Id Cendoj: 28079110012016100142

## 2. Falta de carácter ejecutivo del contrato de seguro de caución

El segundo párrafo del art. 3 de la Ley 57/1968 otorgaba carácter ejecutivo al contrato de seguro de caución<sup>44</sup>. El juicio ejecutivo perseguía el cobro de los importes anticipados por el comprador y no abonados por el asegurador<sup>45</sup>.

A tenor de dicho texto el título ejecutivo debía ser integrado por dos documentos: 1.- el contrato de seguro individual (también llamado CIS = Certificado Individual de Seguro); 2.- el documento que acreditara el no inicio de las obras o la no entrega de la vivienda. En el segundo caso, para evitar la probatio diabólica (prueba de un hecho negativo “no entrega”) sería suficiente un documento emitido por el Ayuntamiento, o la falta de respuesta constatada por un Notario a un requerimiento notarial exigiendo la entrega de la vivienda, u otro documento similar. Este documento formaría parte de los que exige el art. 550, núm. 1.4 de la LEC: “Los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución”.

Aunque la Ley 57/1968 no exigía el requerimiento previo al asegurador, por parte del comprador antes de iniciar el proceso ejecutivo, la letra f) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 sí exigía primero requerir notarialmente (o de otra manera indubitada) al Promotor y, en segundo lugar, requerir al asegurador (con la copia del requerimiento la Promotor).

De nuevo tampoco se puede comprender cómo la DAPLOE ha podido despojar al contrato de seguro del carácter ejecutivo que le otorgaba una Ley preconstitucional, con la grave disminución de la protección al asegurado que ello implica, “... *la supresión de la mención al título ejecutivo del art. 3 Ley 57/1968 no puede enmarcarse dentro de una iniciativa legislativa que siga la línea proteccionista hacia el adquirente*”<sup>46</sup>.

## 3. Publicidad

Otra diferencia importante, muestra de una menor protección al comprador (consumidor), si comparamos la legislación anterior con la posterior al 1 de enero de 2016, es la relativa a la publicidad de la promoción.

---

<sup>44</sup> Afirmaba dicho art. 3 Ley 57/1968: “En contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos prevenidos en 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”.

<sup>45</sup> REGALADO, J. A./ NISTAL VÁZQUEZ, Á./ GRASA D.: “La responsabilidad”, cit., pp. 339 y 340: “El juicio ejecutivo no persigue la extinción o la resolución del contrato de compraventa dado que el avalista o asegurador no es parte contractual; tan solo persigue el despacho de la ejecución que lleva aparejada el título cuando no se haya entregado la vivienda o no se hayan iniciado las obras en el plazo contractualmente establecido”.

<sup>46</sup> CASADO CASADO, B.: “Percepción de cantidades”, cit., p. 18.

Respecto a qué debía incluir la publicidad que anunciara una promoción de viviendas, por primera vez se reguló en el art. 5 de la Ley 57/1968<sup>47</sup>. Debido a la parquedad y falta de concreción del texto de este artículo, éste fue desarrollado por la Orden del Ministerio de la Vivienda 05.10.1968, obedeciendo a la autorización concedida por la Disposición Final Segunda de la Ley 57/1968<sup>48</sup>.

En el preámbulo de dicha Orden se afirmaba algo que desde nuestro punto de vista es de una gran actualidad casi 50 años después y es lo siguiente: "... con el fin de evitar posibles intentos de soslayar el cumplimiento de las mismas art. 5 Ley 57/1968, al amparo del confucionismo que suele producir el contenido de los textos publicitarios, se considera necesario regular su redacción *con determinación específica de los datos de obligatoria inserción y tipo de imprenta con el que habrán de ser compuestos*".

El texto de los arts. 1 a 4 de la citada Orden del 05.10.1968 era un ejemplo de concreción en la protección del consumidor/comprador de la vivienda sobre plano y además era un ejemplo de claridad<sup>49</sup>.

En cambio, en la legislación aprobada por la LOSSEAR, el núm. 6 DAPLOE afirma:

---

<sup>47</sup> El art. 5 de la Ley 57/1968 enunciaba: "Será requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, que se haga constar en las mismas que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley; haciendo mención expresa de la Entidad garante, así como de las Bancarias o Cajas de Ahorro en las que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas en cuenta especial. Dichos extremos se especificarán en el texto de la publicidad que se realice".

<sup>48</sup> La Disposición Final Segunda de la Ley 57/1968 afirmaba: "Se autoriza a los Ministros de Justicia y Vivienda para que dicten las disposiciones complementarias que estimen necesarias para el desarrollo de la presente Ley, que comenzará a regir el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»".

<sup>49</sup> Los arts. 1 a 4 de la Orden del 05.10.1968 afirmaban: "Art. 1.- La propaganda y publicidad por cualquier medio de difusión, de la cesión de viviendas construidas sin protección oficial, mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción deberá contener en su texto, con claridad y precisión, los siguientes datos: a) Que la contratación se realizará conforme a las normas y con las garantías establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio; b) Mención expresa de la Entidad aseguradora, o en su caso, Bancaria o Caja de Ahorros avalista que garantice la posible devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más el 6 por ciento de interés anual; c) Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y número de cuenta especial en la que habrán de ingresarse por el cesionario o adquirente las mencionadas cantidades.

Art. 2.- Los datos a que se refiere el artículo anterior habrán de componerse en el texto publicitario en tipo perfectamente legibles y de tamaño igual, al menos, que el predominante en la revista, impreso o diario en que se inserte. Si se trata de edición independiente se utilizará, como mínimo tipo de cuerpo ocho.

Art. 3.- En la propaganda y publicidad que se refiera a la cesión de viviendas ya construidas y en condiciones de entrega inmediata o sin exigencia de abono de cantidades iniciales o a cuenta, durante el período de construcción, se harán constar expresamente tales circunstancias, y de no hacerlo así se entenderá que la cesión se halla comprendida en los preceptos de la Ley 57/1968, de 27 de julio.

Art. 4.- El incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en los artículos anteriores dará lugar a la imposición de la sanción a que se refiere el artículo 6.º, párrafo 2.; de la citada Ley".

“Publicidad de la promoción de viviendas. En la publicidad de la promoción de viviendas con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, será obligatorio hacer constar que el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley, haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas”.

Entendemos que también en el caso de la publicidad existe un importante retroceso en la protección del consumidor porque:

1º) Sólo se hace referencia al momento temporal “con anterioridad a la iniciación de las obras” sin mencionar para nada el requisito temporal que impone el núm. 1,1º, letra a) DAPLOE: “*desde la obtención de la licencia de edificación*”.

Parece que con esta omisión se quiera provocar mayor confusión al comprador, o por lo menos omitir un importante aviso ya que es trascendental que el comprador sepa antes de entregar el primer anticipo que si el promotor no ha obtenido la licencia de edificación, las entregas que realice al promotor no quedarán cubiertas por el seguro de caución.

2º) Tampoco vemos por qué no se exige, en la DAPLOE, un tamaño específico de letra en un tipo perfectamente legible y de tamaño igual, al menos, que el predominante en la revista, impreso o diario en que se inserte. Si se trata de edición independiente se utilizará, como mínimo tipo de cuerpo ocho, según el texto de la Orden de 05.10.1968.

- Recordemos que el art. 80, 1º, letra b), del RD Legislativo 1/2007, al tratar el posible carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente impone, como requisito: “la accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. *En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura*”.

- Otra norma, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, recoge tres casos de obligatoriedad, por imperativo legal, de un tamaño de letra determinado en los contratos que regula<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> El art. 9 la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, en el núm. 2, 2º § afirma: “La información básica deberá publicarse con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado”. En su art. 16,1 afirma: “Los contratos de crédito sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado” y el art. 17 de la citada norma dice: “Los contratos de crédito en forma de posibilidad de descubierto contemplados en el párrafo segundo del



3º) Citamos el art. 8 de la Orden de 29.22.1968, que permitía que ninguna Entidad aseguradora autorizara que se la mencionara en la publicidad y propaganda de una promoción si no quedaba formalizado previamente el contrato de garantía<sup>51</sup>. Esta importante garantía para la aseguradora y para el comprador ha sido también derogada por la DAPLOE.

4º) Acabamos con la cita del núm. 3 letra c) DAPLOE, que al regular la información contractual exige que conste el número de cuenta corriente donde deban ingresarse los anticipos entregados por el promotor, aunque no entendemos por qué, en la publicidad de la promoción, no puede hacerse constar expresamente dicho dato, en cualquier caso esta omisión no la consideramos de especial gravedad.

#### V. CAMBIOS MENOS RELEVANTES O SIMILITUDES ENTRE AMBAS LEGISLACIONES: LA DE LA LEY 57/1968 Y EL RÉGIMEN IMPUESTO POR LA LOSSEAR

En este apartado vamos a examinar aspectos casi idénticos o con escasa relevancia prácticamente nula, entre ambas legislaciones, respecto a la protección del asegurado o comprador de la vivienda.

##### 1. Derecho a percibir las cantidades anticipadas

El Uno, de la DAPLOE, en su núm. 1, en la letra b), cita la segunda condición que debe cumplir el promotor.

“Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad de crédito, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior”.

Este redactado coincide casi de forma idéntica con la segunda condición del art. 1 de la Ley 57/1968<sup>52</sup>, con la única diferencia de incluir, además, del promotor, a las

---

apartado 1 del artículo 4, se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado, debiendo especificarse, de forma clara y concisa, ... / ...”.

<sup>51</sup> El art. 8 de la Orden de 29.22.1968 afirmaba: “Ninguna Entidad aseguradora podrá autorizar se le mencione en la propaganda y publicidad a que se refiere el artículo 5º de la Ley de 27 de julio de 1968, en tanto no quede formalizado con el cedente de las viviendas el contrato de garantía, cuyo modelo haya sido previamente autorizado a cada Entidad por este Ministerio”.

<sup>52</sup> La segunda condición del art. 1 de la Ley 57/1968 enunciaba: “Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior.”

comunidades de propietarios o sociedad cooperativa y un cambio de tan poca relevancia como sustituir “Entidad bancaria o Caja de Ahorros” por “Entidad de crédito”.

## 2. Requisitos de las garantías. La suma asegurada

Debemos destacar que el Uno, de la DAPLOE, en su núm. 2, podría contener error que puede inducir a confusión al comprador y que procedemos a explicar. Enuncia el Uno, de la DAPLOE, en su núm. 2:

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

Esta manifestación, en la práctica cotidiana, es posible que no se lleve a término exactamente de ese modo, puede ser fuente de confusión y pueden originarse graves malos entendidos debido a que a “sensu contrario” de lo que ordena el Uno, DAPLOE, núm. 1, letra a), la garantía, por permisión legal, ¿podría no extenderse a los anticipos que el comprador haya entregado al promotor ANTES que éste obtenga la licencia de edificación, porque para esos importes no hay seguro obligatorio?, y si la DAPLOE no obliga a cubrir esos importes ¿podemos pensar por qué una aseguradora está obligada a cubrirlos?

Algún autor afirma que el seguro de caución garantizará todas las cantidades desde la fecha en que las mismas se entreguen, pero la garantía sólo será obligatoria desde que se obtenga la licencia de edificación por el promotor<sup>53</sup>.

El núm. 1 del Dos, de la DAPLOE, regula los requisitos de las garantías (seguros de caución) y el núm. 2 del Dos, de la DAPLOE, los requisitos de los avales bancarios.

El art. 2 de la Orden de 29.11.1968 exigía otra documentación<sup>54</sup> y la primera diferencia respecto a la legislación preconstitucional es la que detalla la letra a) del núm. 1 del Dos, aunque su trascendencia práctica en cuanto a la protección de los derechos del promotor es escasa, dicha letra a) afirma:

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

Cuando se van incorporando nuevos asegurados (compradores) a la promoción, el régimen de la DAPLOE es más operativo y sencillo para el asegurador de caución

---

<sup>53</sup> RUIZ ECHAURI, J./ FERNÁNDEZ MANZANO, L. A.: “Comentarios, cit., pág 160.

<sup>54</sup> El art. 2 de la Orden de 29 de noviembre de 1968 exigía lo siguiente: “1º.- Un contrato de seguro colectivo entre asegurador y contratante (promotor / tomador), es decir, la llamada póliza colectiva. 2º.- La póliza individual de seguro entre asegurador y asegurado (comprador de la vivienda), como título de la garantía a favor de este último”.

que el que establecía la legislación preconstitucional en el art. 5 de la Orden de 29.11.1968<sup>55</sup>.

A pesar de ello, en la legislación anterior, la falta de Certificado Individual en poder del comprador no era óbice para que, existiendo la póliza colectiva, se condenara a la aseguradora o Banco a abonar los importes anticipados.

Algún autor se ha mostrado contrario a esta posibilidad, es decir, a que el asegurado que no dispone de certificado individual, pueda ver satisfecha su pretensión de reclamar los importes anticipados tras no recibir ni la vivienda ni el dinero, basando su reclamación solo en la póliza global colectiva, no en el certificado individual (que ni promotor ni aseguradora le entregó)<sup>56</sup>.

Contrariamente a esas opiniones la STS de fecha 23.09.2015 (de Pleno)<sup>57</sup> sostiene que 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. Y más adelante añade: "... hemos interpretado que la póliza colectiva, en estos casos en que se firma para garantizar las obligaciones de devolución de las cantidades anticipadas por los compradores en cumplimiento de lo prescrito en los arts. 1, 2 y 3 Ley 57/1968, cubría este riesgo aunque no se hubiera extendido el certificado individual a favor de cada comprador, [...]".

---

<sup>55</sup> El art. 5 de la Orden de 29 de noviembre de 1968 establecía: "A medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro, las cuales, además de reproducir las estipulaciones contenidas en aquél, recogerán las siguientes condiciones mínimas: a) Las particulares relativas a la personalidad del asegurado o de los beneficiarios distintos de él, si los hubiere; b) las fechas señaladas para el ingreso de las cantidades anticipadas y, c) la fecha convenida para la iniciación de la construcción y/o para la entrega de la vivienda".

<sup>56</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, JAVIER. "Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1997". CCJC, núm. 46, año 1998, en la p.73, se muestra contrario a tal posibilidad. FERNÁNDEZ BALDOMERO, E.: "Problemática de las medidas de aseguramiento en la norma reguladora del percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas", *CCDC*, núm. 64, año 2016, en la p. 118 afirma: "la póliza global no significa con carácter general ninguna asunción, por parte de la entidad garante, de garantías a favor de los futuros adquirentes". En la misma página cita la Resolución de la DGSFP de fecha 26 de septiembre de 1983, "...cuando señaló que la formalización del constructor de una póliza colectiva de afianzamiento de cantidades anticipadas no significa ninguna asunción por la aseguradora a favor de los adquirentes, sino que dicha garantía se constituye desde la emisión del certificado individual de seguro".

<sup>57</sup> Id Cendoj: 28079119912015100033

En el mismo sentido, a favor de la ejecución de la póliza colectiva/ global si no existe certificado individual, se pronuncian numerosas STS<sup>58</sup>.

Aunque no lo ordene la DAPLOE, dicha póliza deberá tener el contenido que ordena el art. 8 LCS<sup>59</sup>.

Atendiendo a lo ordenado en el núm. 5 del art. 8 LCS, la letra b) del núm. 1 del Dos, de la DAPLOE, ordena qué debe incluir la suma asegurada de la póliza de seguro de caución:

“La suma asegurada incluirá la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor”.

Sin perjuicio de lo afirmado al principio de este punto 5.2.-, en la mayoría de casos la suma asegurada estará incluyendo importes que realmente el comprador no ha entregado aún y que sólo se ha obligado a hacerlo en un futuro (al firmar el contrato de compraventa), pero esto no plantea graves problemas porque si tras haber firmado dicho contrato, el comprador no ingresara alguno de los importes a los que se había comprometido, es lógico que en caso de siniestro, el asegurador no abone esta cantidad “no ingresada” ni los intereses correspondientes a la misma, de hecho la letra i), del núm. 1, del Dos DAPLOE, veta esta posibilidad: “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”, tal y como veremos en el punto 5.10 de este Trabajo.

---

<sup>58</sup> SSTS 22 septiembre 1997 (Id Cendoj 28079110011997101931), 13 septiembre 2013 (Id Cendoj: 28079119912013100020), 14 octubre 2015 (Id Cendoj 28079110012015100558) y, por último, el Auto TS 20 enero 2016 (Id Cendoj 28079110012016200125).

<sup>59</sup> El art. 8 LCS enuncia: “La póliza del contrato [...] contendrá, como mínimo, las indicaciones siguientes: 1.- Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario, en su caso. 2.- El concepto en el cual se asegura. 3.- Naturaleza del riesgo cubierto, describiendo, de forma clara y comprensible, las garantías y coberturas otorgadas en el contrato, así como respecto a cada una de ellas, las exclusiones y limitaciones que les afecten destacadas tipográficamente. 4.- Designación de los objetos asegurados y de su situación. 5.- Suma asegurada o alcance de la cobertura. 6.- Importe de la prima, recargos e impuestos. 7.- Vencimiento de las primas, lugar y forma de pago. 8.- Duración del contrato con expresión del día y la hora en que comienzan y terminan sus efectos. 9.- Si interviene un mediador en el contrato, el nombre y tipo de mediador”.

También en este punto de la suma asegurada, la legislación preconstitucional era más clara<sup>60</sup>.

Tal y como hemos visto en este apartado, existe un único punto de mejora para el comprador y es la especificación, por parte de la DAPLOE, que la suma asegurada en la garantía incluye los impuestos aplicables<sup>61</sup>.

Cuando el núm. Cuatro DAPLOE se refiere a la ejecución de la garantía (motivada por el incumplimiento del promotor/ tomador) también hace referencia a que el importe cubierto incluye los impuestos aplicables.

### 3. Las figuras de tomador y asegurado

La letra c) del núm. 1 del Dos, de la DAPLOE afirma:

“Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente.”

En este texto no existe diferencia relevante alguna porque el segundo § de la letra b) del art. 2 de la Orden de 29.11.1968 afirmaba algo casi idéntico<sup>62</sup>.

La letra d) del núm. 1 del Dos, de la DAPLOE afirma:

“Corresponde la condición de asegurado al adquirente o adquirentes que figuren en el contrato de compraventa”.

Tampoco en este texto existe diferencia en cuanto a la protección del asegurado, porque la última línea del segundo § de la letra b) del art. 2 de la Orden citada afirmaba algo parecido<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> El último párrafo de la letra c) del art. 2 de la Ley 57/1968 afirmaba: “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”.

<sup>61</sup> Entre otros se refieren a los impuestos aplicables los siguientes apartados de la DAPLOE: Uno, núm. 2; Dos, núm. 1, letras b) y h); Tres letra a).

<sup>62</sup> El segundo § de la letra b) del art. 2 de la Orden de 29.11.1968 afirmaba: “A estos efectos se entiende que contratante es el promotor, vendedor o cedente de las viviendas, deudor garantizado que contrata el seguro colectivo y que ha de pagar las primas;”

<sup>63</sup> El segundo § de la letra b) del art. 2 de la Orden citada afirmaba: “Asegurado es el cesionario o adquirente de una vivienda con pagos anticipados, de cuyo reintegro queda garantizado”.

#### 4. El régimen de excepciones y el impago de primas

La letra e) del núm. 1 del Dos, de la DAPLOE afirma:

“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”.

Aunque el régimen del seguro de caución en los anticipos de viviendas no tenga una estrecha relación con la acción directa del seguro de responsabilidad civil, que recoge el art. 76 LCS, (“La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado”) el régimen de oposición de excepciones es el mismo.

Desde nuestro punto de vista, debido a la peculiaridad que tiene la figura del asegurado en el seguro de caución, más cercano a la figura del beneficiario del seguro de vida que a la de “asegurado” como portador del riesgo, entendemos que las únicas excepciones oponibles por el asegurador serían las siguientes:

- la entrega de la vivienda (núm. Cinco DAPLOE, que se verá más adelante),
- el pago previo de los importes anticipados (p.ej., el promotor le había pagado al asegurado y, en caso de fallecimiento de éste, los herederos no podrían reclamar).
- la prescripción.

Respecto a que la falta de pago de la prima por parte del promotor / tomador no pueda ser excepción oponible tampoco constituye ninguna novedad, porque la redacción de la letra g) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 así lo establecía<sup>64</sup>.

Al igual que en la legislación anterior, en ningún caso, al asegurado, se le puede oponer por parte del asegurador, el régimen de impago de primas previsto en el art. 15 LCS<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> La letra g) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 establecía: “Frente al asegurado tenedor de la póliza individual el asegurador no podrá alegar falta de pago de la prima del seguro. [...] Las pólizas individuales serán liberadas sin pago alguno por parte de los asegurados.”

<sup>65</sup> Art. 15 LCS: “Si por culpa del tomador la primera prima no ha sido pagada, o la prima única no lo ha sido a su vencimiento, el asegurador tiene derecho a resolver el contrato o a exigir el pago de la prima debida en vía ejecutiva con base en la póliza. Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación.

En caso de falta de pago de una de las primas siguientes, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día de su vencimiento. Si el asegurador no reclama el pago dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima se entenderá que el contrato queda extinguido. En cualquier caso, el asegurador, cuando el contrato esté en suspenso, sólo podrá exigir el pago de la prima del período en curso. Si el contrato no hubiere sido resuelto o extinguido conforme a los párrafos

Hemos citado como última excepción oponible, por parte del asegurador al asegurado/comprador, la prescripción, y vamos a detenernos brevemente en lo que podríamos llamar agravio comparativo que sufre el seguro de caución respecto al aval bancario, este último no tratado en este trabajo, pero lo cierto es que también constituye una forma de garantía de la DAPLOE.

En el punto 3.2 de este Trabajo ya hemos analizado el Dos, núm. 2, letra c), DAPLOE, que trata el aval bancario y hace referencia al plazo de dos años, pero el plazo no es de prescripción sino de caducidad.

Puesto que la prescripción sí admite interrupción y la caducidad no, el comprador que obtenga un aval bancario tendrá “peor condición” que el que obtenga un seguro de caución, ya que el plazo para reclamar será mucho menor y no tendrá posibilidad alguna de interrumpir el plazo de caducidad, mientras que el que disponga de un seguro de caución dispondrá de un plazo mayor, tres años más<sup>66</sup>, y sí podrá interrumpir dicho plazo para reclamar al asegurador el importe de la suma asegurada.

## 5. La duración del contrato

La primera línea de la letra f) del núm. 1 del Dos, de la DAPLOE afirma: “La duración del contrato no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas”.

La letra g) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 era más protectora del asegurado/comprador porque tras decir “La duración del contrato de seguro colectivo, será la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas”, a continuación añadía: “*entrando en vigor desde la fecha de apertura de la cuenta especial y concluyendo en que lo pactado llegue a buen fin según sus propios términos y de acuerdo con el texto de la Ley 57/1968*”.

Es decir, con independencia del momento en que se ingresara el dinero, en la legislación preconstitucional, cualquier cantidad entregada antes de la construcción quedaba cubierta por la garantía de la aseguradora, pero desde el 1 de enero de 2016, cualquier importe entregado por el comprador antes que el promotor obtenga la licencia de edificación, ya no existe obligación legal que quede cubierta.

Respecto a la duración del contrato, a tenor de la primera línea de la letra f) del núm. 1 del Dos, DAPLOE, que acabamos de transcribir, entendemos que dicho texto deroga “porque la DAPLOE en materia reguladora del seguro de caución que cubre los anticipos de viviendas actuaría como Ley especial que derogara la general: LCS”

---

anteriores, la cobertura vuelve a tener efecto a las veinticuatro horas del día en que el tomador pagó su prima”.

<sup>66</sup> Respecto al plazo de prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador, nos remitimos a lo que diremos en el punto 5.9 de este trabajo, que lleva por título “El incumplimiento del tomador / promotor”.

el régimen establecido en el art. 22 LCS<sup>67</sup>, y nada de lo establecido en el mismo será aplicable al régimen del seguro de caución destinado a la cobertura de anticipos de viviendas que regula la DAPLOE.

## 6. El régimen de las prórrogas

Al igual que en la duración, al régimen de las prórrogas tampoco se aplica el art. 22 LCS, que acabamos de ver (transcrito en el punto anterior).

Antes ya hemos hecho referencia a la letra f) del núm. 1 del Dos, de la DAPLOE respecto a la duración del contrato pero ahora volvemos a este apartado legal para tratar la prórroga:

“[...] En caso de que se conceda prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga”.

Con la DAPLOE el régimen de las prórrogas cambia, respecto a la letra d) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968<sup>68</sup>, ya que la facultad de prorrogar el contrato, en la legislación preconstitucional, correspondía a la aseguradora y en el régimen actual al promotor/tomador.

En cualquier caso eso esto no tiene gran importancia de cara a la protección de los derechos del comprador/asegurado, ya que el régimen de la prórroga para dicho comprador no varía porque el núm. Cuatro de la DAPLOE afirma:

“Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará

---

<sup>67</sup> Afirma el art. 22 LCS: “1.- La duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo, podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por un período no superior a un año cada vez. 2.- Las partes pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de, al menos, un mes de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso cuando quien se oponga a la prórroga sea el tomador, y de dos meses cuando sea el asegurador. 3.- El asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período en curso, cualquier modificación del contrato de seguro. 4.- Las condiciones y plazos de la oposición a la prórroga de cada parte, o su inoponibilidad, deberán destacarse en la póliza. 5.- Lo dispuesto en los apartados precedentes no será de aplicación en cuanto sea incompatible con la regulación del seguro sobre la vida”.

<sup>68</sup> La letra d) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 afirmaba: “En el supuesto de que se concediera al contratante prórroga para la entrega de las viviendas podrá la Entidad aseguradora acceder a que continúe su garantía mediante el pago de la prima que se estipule y que habrá de satisfacer dicho contratante”.



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

Y dicho texto es casi idéntico al del párrafo primero, del art. 3, de la Ley 57/1968<sup>69</sup>.

## 7. La información contractual

La información contractual se regula de forma prácticamente idéntica en el núm. Tres de la DAPLOE <sup>70</sup>, que en el art. 1 de la Orden de 05.10.1968 <sup>71</sup>, dicha Orden reproducía el texto del art. 5 de la Ley 57/1968, ya transcrito en el núm. 3 del punto 4 de este Trabajo (y que lleva por título “Publicidad”).

La entrega de la garantía, por parte del promotor al comprador, se regula de manera casi idéntica en el último párrafo del Tres DAPLOE y en el último párrafo del art. 2 de la Ley 57/1968<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> El párrafo primero del art. 3 de la Ley 57/1968 afirmaba: “Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.

<sup>70</sup> El Tres de la DAPLOE afirma: “En los contratos para la adquisición de viviendas en que se pacte la entrega al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente: a) Que el promotor se obliga a la devolución al adquirente de las cantidades percibidas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda. b) Referencia al contrato de seguro o aval bancario a los que hace referencia el apartado uno.1.a) de esta disposición, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista. c) Designación de la entidad de crédito y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado”.

<sup>71</sup> El art. 1 de la Orden de 5 de octubre de 1968 decía: “La propaganda y publicidad, por cualquier medio de difusión, de la cesión de viviendas construidas sin protección oficial, mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción deberá contener en su texto, con claridad y precisión, los siguientes datos: a) Que la contratación se realizará conforme a las normas y con las garantías establecidas en la Ley 57/1968, de 27 de julio; b) Mención expresa de la Entidad aseguradora, o en su caso Bancaria o Caja de Ahorros avalista, que garantice la posible devolución de las cantidades entregadas a cuenta, más el 6 por ciento de interés anual; c) Entidad Bancaria o Caja de Ahorros y número de la cuenta especial en la que habrán de ingresarse por el cesionario o adquirente las mencionadas cantidades”.

<sup>72</sup> El último párrafo del Tres de la DAPLOE ordena: “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”; por su parte, el último párrafo del art. 2 de la Ley 57/1968 decía: “En el momento del otorgamiento del contrato el cedente

Debemos insistir, una vez más, en el grave hecho que no existe obligación que la garantía incluya las cantidades entregadas por el comprador antes que el promotor obtenga la licencia de edificación.

#### 8. La comprobación de datos y documentos

El Dos, núm. 2, letra g) afirma:

“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”.

La nueva legislación limita este derecho, del que ya gozaba la aseguradora antes de entrar en vigor la modificación ordenada por la LOSSEAR, porque en la letra b) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 la comprobación de los documentos y datos por parte de la aseguradora se ampliaba “*al movimiento de la cuenta especial abierta al efecto*”<sup>73</sup>.

El hecho que la DAPLOE no permita expresamente a la entidad aseguradora comprobar el movimiento de la cuenta especial donde se depositen los anticipos es una vez más, *una nueva merma, otra disminución, en la protección de los derechos del comprador*, tal y como acertadamente ha puesto de manifiesto algún autor: “[...] *debemos traer a colación la Orden de 29.11.1968, para comprender qué buscó el legislador y cómo añadió, inadvertidamente para muchos, una nueva protección para el adquirente*. En ella se incluía para la entidad aseguradora la facultad de comprobar [...] particularmente, [...], el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto”<sup>74</sup>.

#### 9. El incumplimiento del tomador / promotor

En caso de incumplimiento, por parte del promotor, de la entrega de la vivienda en la fecha determinada, aquél puede solicitar una prórroga de la garantía y aplazar la entrega de la vivienda, como ya hemos visto antes (“5.6.- El régimen de las prórrogas”); según lo dicho, el comprador/asegurado puede aceptar, o no, dicha prórroga pero al margen de ello, la letra h) del núm. 1, del Dos DAPLOE explica cómo debe actuar el asegurado cuando el promotor ha incumplido sus obligaciones, ya adelantamos que el régimen es muy parecido al anterior y afirma:

“En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido el asegurado, siempre que haya requerido de manera fehaciente al

---

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”.

<sup>73</sup> La letra b) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 enunciaba: “La Entidad aseguradora podrá comprobar durante la vigencia del seguro los documentos y datos a disposición del contratante que guarden relación con las obligaciones contraídas por él frente a los asegurados y, particularmente, con el movimiento de la cuenta especial abierta al efecto”.

<sup>74</sup> FERNÁNDEZ BALDOMERO, E.: “Problemática”, cit, pp. 120 y 121.

promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables y sus intereses y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución, podrá reclamar al asegurador el abono de la indemnización correspondiente. Igualmente, el asegurado podrá reclamar directamente al asegurador cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor.

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

También en este punto la legislación preconstitucional<sup>75</sup> era más favorable al comprador porque no exigía el plazo inicial de treinta días para que el promotor/incumplidor respondiera “tras el requerimiento fehaciente realizado por el comprador” en un sentido, o en otro, o no respondiera.

El término de treinta días que la DAPLOE concede al asegurador para abonar al comprador las cantidades anticipadas es idéntico al que establecía la Orden de 29.11.1968. Además la legislación de 1968 obligaba al comprador, cuando requiriera al asegurador, a que acompañara también la copia del requerimiento efectuado al promotor, pero la actual norma no le obliga a ello, por tanto, el asegurador, al recibir el requerimiento del comprador, en la actualidad, deberá contactar inmediatamente con su cliente (tomador), para averiguar si ha recibido previamente, o no, el requerimiento del asegurado.

La nueva legislación recoge el hecho que no resulte posible efectuar la reclamación previa al promotor, en cuyo caso el comprador podrá reclamar directamente al asegurador, pero desde nuestro punto de vista entendemos que en ese caso, el asegurado, deberá acreditar dicha circunstancia, es decir, la imposibilidad de realizar la reclamación previa al promotor.

También entendemos que si el asegurado no acompaña el requerimiento remitido al promotor (con o sin éxito, es decir, con respuesta o sin ella), esto sí constituiría una excepción oponible al asegurado para no pagarle la indemnización correspondiente, porque no se trataría de una excepción contra el tomador a la que se refiere la letra e), del Dos, DAPLOE.

---

<sup>75</sup> La letra f) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968 regulaba el incumplimiento del tomador y afirmaba: “En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido, entrará en juego la garantía del asegurador, siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: 1.- Que las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda lo hayan sido mediante ingreso en la cuenta especial a que se refiere el apartado 2º del artículo 1º de la Ley de 27 de julio de 1968. 2.- Que se haya requerido notarialmente o de otra manera indubitada al contratante y éste no haya devuelto las cantidades entregadas a cuenta de la vivienda más sus intereses al 6 por 100 anual. El asegurador, en un plazo de treinta días, contados desde que se le formule la reclamación a la que se acompaña copia del mencionado requerimiento, deberá indemnizar al asegurado”.

Respecto al plazo de prescripción de la acción de reclamación del asegurado al asegurador, la STS 17 enero 2003<sup>76</sup> declaró que era aplicable el plazo establecido para las acciones personales en el art. 1964.2 CC, o sea, quince años (en aquél momento) ahora serían cinco. En cambio, la STS 21 septiembre 2016 sí considera aplicable, a la reclamación del asegurado, el plazo de prescripción de dos años del art. 23 LCS<sup>77</sup>.

#### 10. Importe de la indemnización del asegurador

La letra i) del núm. 1, del Dos DAPLOE recoge una obligación que aclara algo que quizás no era necesario clarificar (innecesario del todo si de lo que se trataba era de incrementar la protección al consumidor, en nuestro caso, el comprador de la vivienda), lo que se ha intentado clarificar nunca ha provocado dudas interpretativas, ordena qué importes deben ser indemnizados por el asegurador y afirma:

“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”.

En el apartado anterior hemos reproducido el núm. 1 de la letra f) del art. 4 de la Orden de 29.11.1968, respecto a que la indemnización que abonara el asegurador se refiriera a cantidades que debían “haber sido entregadas mediante ingreso en la cuenta especial”.

En cualquier caso el asegurador nunca deberá abonar, en concepto de indemnización al asegurado/comprador, importes que éste se había comprometido (con la firma del contrato) a entregar al promotor pero que a lo mejor, por diferentes razones, no hizo efectivas y finalmente no entregó. Si llegara a producirse esta situación y el asegurado entregara al asegurado una indemnización de un importe superior a las cantidades que aquél hubiera entregado (dejando aparte el interés legal y posibles impuestos que

---

<sup>76</sup> Respecto al plazo de prescripción de la acción de reclamación (del asegurado contra el asegurador) la STS 17 enero 2003 (Id Cendoj: 28079110012003101922) consideró que el plazo de prescripción aplicable es el general de quince años, recogido en el art. 1964,2 CC y afirma la citada St: “No ofrece duda que el contrato se produce entre SEGUROS..., como Aseguradora, y Forest Hills S.A. como tomador del signo, mientras que “Ola Sol Company Ltd” es un beneficiario y exento de obligaciones y a la que se garantiza el percibo de las cantidades satisfechas a cuenta de la adquisición de los apartamentos cuya promoción asume la tomadora. La participación de "Ola Sol" se reduce a la entrega de un título de garantía por la promotora al realizar los pagos adelantados de sus apartamentos”.

Afirma el art. 1964,2 CC: “Las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”.

El texto actual del art. 1964 CC fue redactado por la Disposición Final Primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC. Además hay que tener en cuenta que la Disposición Transitoria Quinta de dicha Ley 42/2015 establece que el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, pero que hubieran nacido antes de la fecha de su entrada en vigor, es decir, el 7 de octubre de 2015, se regirán por lo dispuesto en el art. 1939 CC.

<sup>77</sup> La STS 21 septiembre 2016 (Id Cendoj: 28079110012016100535)

el asegurador está obligado a abonar al asegurado) nos encontraríamos ante la situación que prohíbe el art. 26 LCS<sup>78</sup>, y ante la obligación de restitución que recoge el art. 1895 CC<sup>79</sup>, (cobro de lo indebido).

#### 11. Derecho de subrogación frente a la cesión y al derecho de reembolso

A continuación vamos a tratar el delicado asunto del papel que tiene la aseguradora una vez ha abonado al asegurado la indemnización que le correspondía, para ello haremos una brevísima referencia histórica a cómo lo ha regulado la normativa española.

Puesto que en el año 1968 no existía la LCS, para que el asegurador pudiera reclamar al tomador lo que por derecho le correspondía (anticipos recibidos por el tomador y abonados al asegurado) la Orden de 29.11.1968, en la letra h) del art. 4º, se refería a la cesión de derechos<sup>80</sup>.

Casi 12 años después de la promulgación de la Orden de 29.11.1968, el art. 68 LCS, para cualquier modalidad de seguro de caución, afirmó en sus dos últimas líneas: “Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”.

En la actualidad, sólo para el régimen de anticipos de viviendas, (puesto que lo que se dirá a continuación no afecta al resto de seguros de caución), la letra j) del núm. 1, Dos, DAPLOE introduce una verdadera novedad que en nada afecta de cara a una mayor protección de los derechos del asegurado/comprador pero sí es muy favorable para la Compañía aseguradora, en efecto, la letra j) del núm. 1, Dos, DAPLOE afirma:

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

Es decir, que la evolución histórica de las posibilidades que tiene el asegurador de caución, en los anticipos de viviendas, para recuperar los importes abonados al

---

<sup>78</sup> Art. 26 LCS: “El seguro no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro”.

<sup>79</sup> Art. 1895 CC: “Cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla”. Los requisitos materiales de la acción de restitución que surge del art. 1.895 CC los recoge Díez PICAZO, L.: “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Tomo II. “Las relaciones obligatorias”, Civitas. Madrid. 1996, pp. 514 a 522.

<sup>80</sup> La Orden de 29.11.1968, en la letra h) del art. 4º, afirmaba: “En el supuesto de que la garantía se realice, el asegurador podrá reclamar del contratante las cantidades que aquél hubiese satisfecho a los asegurados, a cuyo efecto dicho contratante cede al asegurador sus derechos sobre los elementos componentes de la construcción de que se trate, sin perjuicio de su responsabilidad patrimonial, confórmela artículo 1.911 del Código Civil”.

asegurado por culpa del incumplimiento del tomador ha pasado por tres etapas: cesión, reembolso y subrogación.

La cesión de créditos la regula el art. 1526 y siguientes del CC y consiste en una transmisión del crédito que se realiza por actos intervivos y que cumple una función económica de circulación de los créditos dentro del tráfico o del comercio<sup>81</sup>. El cedente sería el comprador que había cobrado de la aseguradora el importe de los anticipos y, el cesionario, dicha Compañía; los requisitos que la cesión requiere (que exista el crédito, que éste se funde en un título válido y que se pueda transmitir) no tendrían que constituir grandes problemas a la hora de llevar a término la cesión. La Compañía aseguradora debía actuar con diligencia y en el momento de abonar a los compradores/asegurados los importes anticipados, debía hacerles firmar un contrato de cesión de crédito y posteriormente la aseguradora debía comunicar fehacientemente al promotor dicha cesión (art. 347 CdC).

La acción de reembolso provenía del art. 1158 CC<sup>82</sup>, y, aunque la naturaleza jurídica del contrato de fianza y el seguro de caución son distintas, por equiparación, esa acción de reembolso de la aseguradora de caución frente al tomador (art. 68 LCS) está inspirada en el art. 1838 CC<sup>83</sup>.

Por último, la subrogación es la figura jurídica más favorable a la Compañía aseguradora porque aunque existe la subrogación convencional, entendemos que la originaria y genuina es la legal<sup>84</sup>, la que opera siempre por ministerio de la Ley (art. 1209 CC)<sup>85</sup>, pero a diferencia de las dos figuras anteriores transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros (art. 1212 CC). La LCS recoge una importante acción de subrogación y en nuestra opinión en ella se inspira la acción de reembolso recogida por la letra j) del núm. 1, Dos,

---

<sup>81</sup> DÍEZ PICAZO, L.: “Fundamentos”, cit., p. 805.

<sup>82</sup> Art. 1158 CC: “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago”.

<sup>83</sup> Art. 1838 CC: “El fiador que paga por el deudor, debe ser indemnizado por éste. La indemnización comprende: 1. ° La cantidad total de la deuda. 2. ° Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. 3. ° Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago. 4. ° Los daños y perjuicios, cuando procedan. La disposición de este artículo tiene lugar aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor”.

<sup>84</sup> DÍEZ PICAZO, L.: “Fundamentos”, cit., p. 831: “La subrogación es legal cuando se produce por virtud misma de la Ley y el crédito resulta adquirido por la subrogación, sin necesidad de que medie ninguna expresa declaración de voluntad, una vez que aparecen los hechos contemplados por el supuesto de una norma jurídica”.

<sup>85</sup> Art. 1209 CC: “La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código”.

DAPLOE: nos estamos refiriendo al primer y segundo § del art. 43 LCS<sup>86</sup>. La subrogación del asegurador en todos los derechos que pudiera disfrutar el comprador/asegurado le permite, p.ej., lo siguiente:

- participar en la terminación de la obra si ésta no hubiere llegado a buen fin, para que se vendan las viviendas sin dificultad y el asegurador recupere la indemnización abonada,
- quedarse una o varias viviendas (a modo de dación en pago regulada en el art. 1175 CC), para cobrar el importe de las indemnizaciones abonadas a los compradores,
- la personación en el proceso concursal en que fuera declarado el promotor,
- la comparecencia en el juicio en que se ventilara cualquier aspecto relacionado con la promoción cuyos anticipos han cubierto, o, por último, p.ej.,
- la comparecencia en un proceso relativo a la validez del procedimiento de concesión de las licencias administrativas.

Esta comparecencia en procesos judiciales ha sido tradicionalmente vetada a los aseguradores de caución por no disfrutar del derecho de subrogación que ahora, por suerte para ellos, disfrutan cuando garantizan los anticipos de viviendas.

Respecto al plazo de prescripción de la acción de reembolso (del asegurador contra el tomador) la STS 7 noviembre 2003<sup>87</sup>, declaró que era aplicable el plazo establecido para las acciones personales en el art. 1964.2 CC, o sea, quince años, recordar lo dicho en el punto 5.9.- respecto a la reforma del art. 1964 CC, ya que en la actualidad no son quince años sino cinco.

## 12. Prohibición de venta de la vivienda

La letra k) del núm. 1, Dos, DAPLOE introduce otra novedad, sin precedente alguno hasta la fecha y que en nada afecta para una mayor protección de los derechos del

---

<sup>86</sup>Art. 43 LCS: “El asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización.

El asegurador no podrá ejercitar en perjuicio del asegurado los derechos en que se haya subrogado. El asegurado será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse”.

<sup>87</sup> La STS 7 noviembre 2003 (Id Cendoj: 28079110012003102613) afirmó: “La Sala declara la inexistencia de prescripción de la acción entablada por la actora, fundamentándose para ello en el art. 68 LCS, y entendiendo en consecuencia que se trata de una acción personal de reembolso, cuyo plazo de prescripción es de quince años. [...] el específico art. 23 LCS, al igual que no opera en el seno del art. 76, tampoco cabe proyectarlo sobre ese art. 68 para las acciones de reembolso, por lo que se confirma el dictado del F.J. 5º de la recurrida, y, que como tales acciones personales gozan del plazo de 15 años”.

asegurado/comprador pero trata de proteger los derechos de la aseguradora que ha abonado las indemnizaciones a los asegurados y no ha recuperado su importe del tomador.

La letra k) del núm. 1, Dos, DAPLOE afirma: “En el caso de que la entidad aseguradora hubiere satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada”.

Desde nuestro punto de vista, para llevar a efecto tal limitación de disponer (art. 2,2 de la Ley Hipotecaria, en adelante LH)<sup>88</sup> creemos que sobre la Compañía aseguradora recaerían las siguientes obligaciones:

a) Debería acreditar en escritura pública (art. 3 LH)<sup>89</sup> que había satisfecho la indemnización al asegurado como consecuencia del siniestro cubierto por el contrato de seguro.

b) En dicho documento público también debería acreditarse que el promotor no le había resarcido y que,

c) Al amparo de la letra k) del núm. 1, Dos, DAPLOE, desea que se inscriba en el Registro de la Propiedad tal prohibición legal de disponer (art. 26,1 LH)<sup>90</sup>.

### 13. La cancelación de la garantía

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

---

<sup>88</sup> Art. 2 LH: “En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: [...] 2.- Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales”. [...]

<sup>89</sup> Art. 3 LH: “Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o [...]”.

<sup>90</sup> Art. 26 LH: “Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas: 1. <sup>a</sup> Las establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales de dominio”. [...]



Dicho régimen es sustancialmente parecido al que establecía el art. 4 de la Ley 57/1968<sup>91</sup>, con la excepción de carácter formal respecto a que no sólo sirve para cancelar la garantía la cédula de habitabilidad, como hacía la Ley 57/1968, sino también la licencia de primera ocupación o documento equivalente.

Sí tiene mayor importancia la última línea del texto citado, porque constituye una novedad y una ventaja para la aseguradora, no para el asegurado: se trata de equiparar el rechazo a recibir la vivienda, por parte del comprador, a la expedición de la cédula de habitabilidad o documento equivalente para provocar la cancelación de la garantía.

En la práctica, en algunas ocasiones, el rechazo a recibir la vivienda, por parte del comprador, había provocado dudas respecto a si debía cancelarse, o no, la garantía. En la última crisis inmobiliaria, iniciada en los años 2007 y 2008, era habitual que la vivienda comprada sobre plano, en el momento de la entrega y otorgamiento de la escritura pública, fuera más cara que en el precio de mercado del momento, a modo de ejemplo diremos que p.ej., si la vivienda en 2008 se había comprado sobre plano por 120.000,- €, tres años después se podía adquirir, la misma vivienda, por 95.000,- €.

#### 14. Infracciones y sanciones

El art. 6 de la Ley 57/1968<sup>92</sup>, se ocupaba del régimen sancionador que debía imponerse al incumplidor de lo dispuesto en esa Ley, en cambio, en la actualidad, el núm. Siete DAPLOE se ocupa del régimen sancionador por el incumplimiento de lo dispuesto en esa norma al decir:

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

El incumplimiento de la obligación de constituir garantía a la que se refiere el apartado uno.1 de esta disposición dará lugar a una sanción de hasta el 25 por 100 de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada o la que corresponda según lo dispuesto en la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

---

<sup>91</sup> El art. 4 de la Ley 57/1968 afirmaba: “Expedida la cédula de habitabilidad por la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al comprador, se cancelarán las garantías otorgadas por la Entidad aseguradora o avalista”.

<sup>92</sup> El art. 6 de la Ley 57/1968 ordenaba que el promotor que incumpliera dicha Ley debía ser sancionado con una multa por cada infracción, conforme a las normas previstas en la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público. Esta última Ley sancionaba con multas desde 250,- pesetas (que podían imponer los Alcaldes) hasta 500.000,- € (que debía imponer el Consejo de Ministros).

Además de lo anterior, se impondrán al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, las infracciones y sanciones que pudieran corresponder conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación”.

El primer § se refiere al régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios, es decir, al regulado en el Título IV del R.D. Legislativo 1/2007, (arts. 46 a 52 de dicha norma). Dentro de este Título IV, el Capítulo segundo (arts. 49 a 52) es el que se ocupa, en concreto, de las infracciones y sanciones.

La última línea del § transcrito DAPLOE recoge posibles sanciones destinadas a las aseguradoras (del ramo de caución) que no cumplieran lo ordenado en la DAPLOE, por ello se refiere al régimen sancionador previsto en las competencias atribuidas en la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y será la DGSFP la encargada de sancionar a la Compañía aseguradora en caso que hubiera existido incumplimiento de lo dispuesto en la DAPLOE.

El segundo § regula una sanción específica para el caso de incumplimiento de la obligación de constituir la garantía (seguro de caución / aval) y es una sanción que calificamos de importante, ya que puede llegar hasta el 25% de las cantidades cuya devolución deba ser asegurada; si no se aplicara esta sanción podría aplicarse (de forma alternativa, no acumulativa, debido a la conjunción “o”) el régimen sancionador previsto en la normativa prevista en las Comunidades Autónomas.

Por último, el tercer § se refiere a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación; la matización de incluir en este grupo de sanciones al supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, desde nuestro punto de vista no significa que a dichos entes (comunidades de propietarios o sociedad cooperativa) no se les puedan aplicar las sanciones previstas en los dos § anteriores de este núm. Siete DAPLOE.

## 15. Régimen supletorio

El Dos, núm. 1, letra l) DAPLOE impone como régimen supletorio el de la LCS: “En todo lo no específicamente dispuesto, le será de aplicación la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”.

Debemos tener en cuenta que a pesar de encuadrarse el seguro de caución dentro de los “Grandes Riesgos”<sup>93</sup>, dicho régimen de supremacía de lo pactado en póliza frente

---

<sup>93</sup> El seguro de caución tiene la consideración de Gran Riesgo, según lo que dispone la letra b) del art. 11 LOSSEAR. Además, el art 44,2 LCS ordena: “No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma”, por ello, la consideración de Gran Riesgo significa que la LCS deja de tener el carácter imperativo (no disponible) y se aplicará, con preferencia a lo que ordene dicha LCS lo pactado en la póliza entre asegurador y tomador, ya sea en Condiciones Generales, cláusulas especiales y/o particulares.

a la imperatividad de la LCS <sup>94</sup>, no es aplicable en ningún aspecto relevante a la relación del asegurado con el asegurador, ya lo hemos visto con el ejemplo de la no aplicación de lo que ordena la LCS en cuanto al régimen del impago de prima del art. 15 LCS; además numerosa Jurisprudencia tampoco aplica el plazo de dos años a la acción de reembolso del asegurador frente al tomador (art. 68 LCS).

A diferencia del resto de Grandes Riesgos, el asegurado del ramo de caución se puede dirigir al Servicio de Reclamaciones de la DGSFP<sup>95</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

Hasta aquí hemos visto los aspectos más relevantes de las modificaciones introducidas por la LOSSEAR en el seguro de caución que cubre los anticipos de viviendas, que se han incorporado en la DAPLOE.

Tras el estudio realizado, el lector, se podrá haber dado cuenta que prácticamente la totalidad de modificaciones introducidas por la LOSSEAR y la mayor parte de las omisiones que padece (respecto a la legislación anterior), se han dictado mermando los derechos de que gozaba el asegurado antes de la derogación de la legislación preconstitucional.

Para terminar y a modo de Epílogo, diremos, después de haber analizado el gravísimo retroceso que ha sufrido la protección de los compradores de viviendas sobre plano, que es desalentador y preocupante percatarse de cómo la legislación constitucional, deja a los compradores más desprotegidos que con la preconstitucional<sup>96</sup>, que ha estado en vigor, sin modificación alguna, durante casi 40 años desde la aprobación de nuestra Carta Magna.

Tal y como ya se ha puesto de manifiesto: “Entendemos que la norma reformada no sirve para aclarar cuestiones dudosas ni para mejorar la protección del consumidor. Deja intacta la redacción anterior con *algunos cambios mínimos que en todo caso no van en*

---

<sup>94</sup> La imperatividad de la LCS la impone el art. 2 LCS al afirmar: “Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. [...]”.

<sup>95</sup> La Disp. Adic. 4ª Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, (BOE núm. 288, de 2 de diciembre de 2015), lleva por título: Consultas, quejas y reclamaciones relacionadas con los seguros de crédito y caución, y su texto normativo afirma lo siguiente: “El Servicio de Reclamaciones de la DGSFP, será competente para atender y resolver las consultas, quejas y reclamaciones relacionadas con los seguros de crédito y caución cuando el tomador o el asegurado no ejerzan a título profesional, una actividad industrial, comercial o liberal, o el riesgo se refiere a dicha actividad”.

<sup>96</sup> REGALADO, J. A./ NISTAL VÁZQUEZ, Á./ GRASA D.: “La responsabilidad”, cit., p. 343: “La nueva normativa regula con más detalle, pero también con algún recorte o merma de derechos (respecto a la regulación pre-constitucional), los requisitos que deben reunir los seguros de caución para poder garantizar las cantidades anticipadas”.

*línea proteccionista sino todo lo contrario, [...] De ahí que pensemos que la reforma añade confusión a lo que ya estaba claro y mayor confusión a lo que de por sí ya era oscuro o deficiente*<sup>97</sup>.

A pesar de todo ello, reproducimos la parte casi final del Preámbulo de la LOSSEAR cuando afirma:

“... se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). También se introducen modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de la Ley de Ordenación de la Edificación”.

Respecto a que se introducen modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, sólo deseamos añadir que efectivamente, son de tal calibre, que han empeorado y cercenado de manera grave la protección del comprador de una vivienda sobre plano que entrega a un promotor anticipos a cuenta.

Por nuestra parte sólo esperamos que a través del recurso de inconstitucionalidad de Jueces y Tribunales, que hemos apuntado, pueda ponerse fin a tal empeoramiento de la situación, especialmente en aquellos casos en que un comprador entregue anticipos a un promotor y la licencia de edificación no llegue.....

Breve referencia al concurso de acreedores del Promotor:

*La declaración de concurso del tomador.*

La mera declaración de concurso de acreedores del promotor no puede ser en ningún supuesto causa automática de resolución del contrato de compraventa firmado entre dicho promotor y el comprador, a tenor del art. 61,3 LCO<sup>98</sup>.

Gracias a la “generosa” declaración el art. 61,2 LCO (“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”), si tras la declaración de concurso de acreedores el promotor continúa con su actividad,

---

<sup>97</sup> CASADO CASADO, B.: “Percepción de cantidades”, cit., pp. 16-17.

<sup>98</sup> El art. 61,3 LCO afirma: “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.

en teoría, esto no debería afectar al contrato firmado entre comprador y promotor<sup>99</sup> por tratarse de un contrato con obligaciones recíprocas.

A pesar de tan diáfana declaración, lamentablemente, es más habitual, cuando el promotor ha cesado su actividad, que la declaración de concurso del promotor, cause gravísimos perjuicios a muchos compradores que habían anticipado cantidades a cuenta de una vivienda.

El concurso de acreedores del Promotor puede llegar en diferentes momentos temporales, que analizaremos resumidamente a continuación. En todos esos casos ya damos por supuesto que el comprador ha entregado anticipos a cuenta de la vivienda que ha comprado sobre plano.

*Primero. Perjuicio total para el comprador.*

Existen dos situaciones en las que el perjuicio para el comprador puede ser total y arrojan el mismo resultado:

a) El Promotor recibe anticipos, pero no cumple lo ordenado en la DAPLOE respecto a la suscripción de garantías y en cualquier momento, antes, durante o después de obtener la licencia de edificación, antes o después de haber iniciado las obras, presenta concurso.

En ese caso, si el promotor no ha cesado en la actividad y el comprador ha cumplido con todas sus obligaciones, podrá optar por esperar a que se le entregue la vivienda o bien resolver el contrato de compraventa<sup>100</sup>.

En caso negativo a ambas posibilidades, es decir, si no recupera los anticipos ni se le entrega la vivienda, en el proceso concursal, el crédito del asegurado en algunas

---

<sup>99</sup> La St. del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de fecha 21 de septiembre de 2009 aclara: “Un contrato de compraventa como los aportados por la administración concursal con su contestación no pueden situarse en la previsión del art. 61,1 LCO, porque ninguna de las partes ha incumplido íntegramente sus obligaciones. Ni el comprador ha satisfecho la totalidad del precio, ni el vendedor ha entregado aún la vivienda. Por el contrario, hay obligaciones recíprocas pendientes, pago del precio y entrega de la vivienda, en el momento en que se declaró el concurso.

Esto supone, al menos mientras no se acuerde el cese de la actividad, que el comprador debe seguir atendiendo el precio en los plazos previstos, y el vendedor tendrá que continuar la edificación, con cargo a la masa, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, situación que la doctrina ha definido como “contrato de la masa”.

La reseña de esta St. procede de la siguiente obra: ESTRUCH, J.: *El comprador de vivienda ante el concurso del promotor*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 34.

<sup>100</sup> Es la solución propuesta por ESTRUCH, J.: *El comprador*, cit., p. 113.

ocasiones se ha considerado crédito contra la masa<sup>101</sup>, aunque existe jurisprudencia en sentido contrario, considerándolo crédito concursal.

b) Tras la entrada en vigor de la LOSSEAR, igual perjuicio al que acabamos de ver sufrirá el comprador si el promotor es declarado en concurso de acreedores *antes de haber obtenido la licencia de edificación*, en ese caso, puesto que el Promotor no está obligado a presentar la garantía que exigía la Ley 57/1968, lo más probable es que dicho asegurado pierda los anticipos.

En este segundo caso vemos muy difícil que el promotor continúe con su actividad habitual y no va a ser posible que encontrándose en concurso obtenga una licencia de edificación y menos posible aún que un Banco o asegurador de caución le concedan para la promoción una línea de avales o seguros de caución, respectivamente, para hacer frente a la devolución de los anticipos.

En esos casos entendemos que el comprador sí podría dejar de abonar los pagos a cuenta fundándose en la excepción de contrato no incumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), que no regula expresamente el CC pero sí indirectamente sus arts. 1100, 1124 y 1308<sup>102</sup>.

*Segundo. Concurso del Promotor después de haber obtenido la licencia de edificación.*

Si el Promotor es declarado en concurso tras la obtención de la licencia de edificación y el asegurado dispone de las garantías que ordena la DAPLOE, resultará muy importante conocer si el Promotor concursado continúa o no su actividad, en caso afirmativo habrá que esperar a la entrega de la vivienda (si finalmente llega ese día...); la continuación de la obra se realizará con cargo a la masa, (art. 61,2 LCO).

En cambio, en caso de cese de la actividad, si el seguro (o aval) debe ser ejecutado, habrá que atender al importe de las garantías, es decir, si incluyen o no los importes anticipados antes de obtener la licencia de edificación, por ello nos podemos encontrar también ante dos situaciones:

---

<sup>101</sup> En este sentido se pronuncia la SAP Valencia de fecha 10.11.2010 (RAP. 64702 / 2011), y considera el crédito a favor del comprador contra la masa porque el comprador sólo puede instar la resolución del contrato cuando la obligación de entrega de la vivienda sea posterior a la declaración del concurso, en ese caso todos los créditos que nazcan a favor del comprador, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa, serán créditos contra la masa y no créditos concursales.

<sup>102</sup> ESTRUCH, J.: “El comprador”, cit., en la p. 106, afirma: “La aplicación de esta excepción permitirá que quede en suspenso el cumplimiento de la prestación del demandado hasta que el demandante no ejecute total o adecuadamente sus propias prestaciones”.

- Si la suma asegurada en la póliza de caución incluyera la totalidad de anticipos, incluso los entregados antes de obtener la licencia de edificación, lo único que deberá hacer el asegurado es continuar con su obligación y abonar los importes a los que se comprometió en el contrato de compraventa, si continúa abonando los anticipos evitará que la Administración Concursal (en adelante, AC), pueda instar la resolución del contrato que prevé el art. 1124 CC para las obligaciones sinalagmáticas.

- Si por el contrario la garantía no incluyera los anticipos entregados antes de la obtención de la licencia de edificación y sí los posteriores, también debería continuar abonando los anticipos pactados que, en caso de no entrega de la vivienda, podría recuperar a través del seguro de caución. Respecto a los importes anticipados al promotor antes de obtener la licencia de edificación, el asegurado correrá la suerte mencionada en el apartado primero y será un acreedor más, con el reconocimiento del crédito ordinario (sólo para esos importes no cubiertos por la garantía).

*Tercero. La ejecución del seguro de caución.*

Si el asegurado dispone de su póliza de seguro de caución y el promotor, en concurso, ha incumplido la obligación de entrega de la vivienda en plazo, y tampoco ha devuelto los anticipos cobrados, el comprador deberá ejecutar la póliza de seguro hemos visto en la primera parte de este Trabajo, sin ninguna peculiaridad especial porque el procedimiento para cobrar de la aseguradora los importes anticipados es idéntico al visto.

Tal y como vimos en su momento, a partir del momento del pago al asegurado, el asegurador se subrogará en todos los derechos y obligaciones del asegurado y en algún caso se ha considerado que el crédito que ostenta el asegurador contra el promotor en concurso, una vez abonada la indemnización al comprador, tiene la consideración de crédito contra la masa<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Así lo establece la SJMER (núm. 8 de Madrid) 28 marzo 2012 (RAP 261/2013) según la cual el crédito fruto de la indemnización abonada por la aseguradora a los asegurados/compradores es crédito contra la masa afirmando: “Dicha acción de reembolso se genera no en el momento en que se produce el siniestro objeto de aseguramiento, que puede ser un impago u otra clase de impuntualidad en la prestación del contrato, sino cuando posteriormente se liquida, judicial o extrajudicialmente, el efectivo daño producido al asegurado por tal incumplimiento, dentro del máximo de la suma asegurada, momento en que es vencida tal obligación y puede ser abonada por la aseguradora al beneficiario el resarcimiento del daño real, que puede o no coincidir con la suma dejada de pagar a ese por el tomador del seguro. Por tanto, si con motivo del ejercicio de la indicada acción de reembolso se llegase a generar un deber de pago por el tomador, se trataría de una obligación *ex post facto* respecto a las generales del contrato de seguro, pago de prima y cobertura de riesgo, respectivamente. Y como tal, si la circunstancia que da lugar al nacimiento de la acción de reembolso, esto es, siniestro, más daño e indemnización líquida para el resarcimiento, se produce una vez declarado el concurso, habrá de concluirse que tal débito es postconcursal y por tanto, crédito contra la masa, pero sólo una vez aparecido no el siniestro, sino la acción de reembolso”.

## VII. ANEXO. La STS de 13 de septiembre de 2013<sup>104</sup>

La gravedad de la modificación operada por la DAPLOE se incrementa cuando vemos que atenta contra la doctrina del TS en su St. del 13 de septiembre de 2013, cuyo supuesto de hecho y fundamentación jurídica procedemos a resumir en sus partes más importantes, según hemos afirmado en el punto 3.1.1.-, en este resumen no entraremos en cuestiones ajenas a este Trabajo como son, p.ej., la posible recusación de dos Magistrados (que finalmente el TS no admitió) o el abono de intereses del art. 20 LCS, aspecto sin ninguna relevancia para la cuestión que aquí ventilamos.

El litigio versaba sobre si un contrato de seguro de caución celebrado entre una compañía de seguros y una cooperativa madrileña de viviendas garantizaba o no, para el caso de ni tan siquiera llegar a iniciarse la construcción, la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas.

La controversia de fondo se centró en si dicho contrato de seguro era de los previstos con carácter obligatorio en la Ley 57/1968 y en la Disp. Adic. 1ª de la Ley 38/1999 (LOE), tesis defendida por los cooperativistas demandantes o, por el contrario se trataba de un seguro voluntario, de los conocidos en la práctica aseguradora como “de Tramo I”, que únicamente garantizaba que las cantidades aportadas por los cooperativistas se destinaría a sufragar los gastos del proyecto promotor en sus fases iniciales, tesis de la aseguradora demandada.

La sentencia de primera instancia, acogiendo la tesis de los demandantes, estimó la demanda salvo los intereses del art. 20 LCS, la sentencia de segunda instancia, en cambio, acogió la tesis de la aseguradora demandada y, en consecuencia, desestimó totalmente la demanda.

### *Resumen de antecedentes:*

1.- El 11 de junio de 2007 se constituyó la sociedad cooperativa de viviendas denominada “Jardines de Valdebebas, Sociedad Cooperativa Madrileña” (en adelante “la Cooperativa”) y regida por los preceptos, principios y disposiciones de la Ley 4/1999, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. El art. 2 de los Estatutos de dicha Cooperativa establecía su objeto social, que era: “procurar exclusivamente a sus socios viviendas o locales, edificaciones e instalaciones complementarias” y que, para el cumplimiento de su objeto social, la cooperativa podía “adquirir, parcelar y urbanizar terrenos y, en general, desarrollar cuantas actividades y trabajos sean necesarios”.

2.- El mismo día el Presidente del Consejo Rector, actuando en nombre de la cooperativa, celebró un contrato de arrendamiento de servicios con la compañía

---

<sup>104</sup> La STS 13 septiembre 2013 (Id Cendoj: 28079119912013100020).



mercantil “Gesteco ... ..” (en adelante Gesteco) para que ésta llevara a cabo los servicios de gestión de la cooperativa con total independencia, comprendiendo, entre otras áreas de actuación, la captación de suelo, la captación de socios y el encargo de proyectos y dirección de obras, y fijándose, como honorarios de Gesteco, el 10% de la totalidad del gasto-pago que llevara a cabo la cooperativa para el cumplimiento de sus fines.

3.- Para su labor de captación de socios Gesteco hizo una “Guía del socio cooperativista de viviendas” mencionando, entre las garantías de las cooperativas gestionadas por ella, tanto el ingreso de las aportaciones de los socios en una cuenta bancaria especial y bloqueada como el aseguramiento de las mismas por la compañía de seguros ASEFA S.A. Esta guía se entregaba a los interesados en adquirir una vivienda junto con una “Guía de adhesión” que, en el apartado titulado “Cantidades aseguradas por ASEFA S.A.”, mencionaba una póliza individual de carácter obligatorio, según ley, y cuyo coste era a cuenta del socio.

4.- El 22 de noviembre de 2007 la cooperativa contrató con la aseguradora del ramo de caución “Asefa, S.A. de Seguros y Reaseguros” (en adelante Asefa ), la póliza global núm. ..., en la modalidad de seguro de caución, con vencimiento el 31 de marzo de 2011, siendo la cooperativa el tomador del seguro y, asegurado, la persona física o jurídica que, en caso de incumplimiento de las obligaciones del tomador, tendría derecho a la indemnización establecida en la póliza.

Las condiciones particulares describían el tipo de riesgo como “Seguros de caución en garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas de la promoción [...]. También hacían remisión a unas “Condiciones Especiales” que, en esencia, exigían el ingreso de todas las cantidades entregadas por los asegurados, es decir por los socios cooperativistas, en una cuenta especial cuyos fondos se destinarían exclusivamente a las necesidades de financiación de la promoción inmobiliaria y que sería intervenida y controlada por Asefa, cuyo consentimiento también era necesario para resolver o modificar el contrato de prestación de servicios entre la cooperativa y Gesteco.

5.- Para cumplir el requisito del ingreso de las cantidades en una cuenta especial ya se había abierto previamente una cuenta a nombre de la cooperativa en la entidad "Caja Duero", que la consideró sujeta a la Ley 57/1968, de cuyos fondos no se podía disponer sin la previa autorización de la aseguradora Asefa. A esta cuenta se hacía referencia expresa en las condiciones particulares de la póliza global.

6.- Un día después de la fecha de la póliza, el 23 de noviembre de 2007, la entidad "Caja Madrid" certificó que en una de sus sucursales figuraba también abierta una cuenta a nombre de la cooperativa, con las mismas restricciones que la anterior y sujeta igualmente al tratamiento especial de la Ley 57/68.

7.- Asefa giró a la cooperativa, en la misma fecha que la póliza, una factura por importe de 11.832, 00,- €, IVA incluido, como “Gastos de intervención, seguimiento

y control de la cuenta corriente especial” abierta en “Caja Duero”. El referido importe tenía como base la cantidad de 60, 00,- € por cada vivienda de la promoción.

8.- Las personas que luego serían demandantes se fueron incorporando a la Cooperativa mediante un contrato por cada vivienda, con su plaza de garaje y trastero, denominado “Contrato de adhesión y adjudicación provisional con derechos de suelo para construcción de viviendas y garaje de JARDINES DE VALDEBEBAS S. COOP. MD”. Cada contrato contenía un “Desglose del Plan de Pagos Provisional”, especificaba que las viviendas y plazas de garaje que promovía la cooperativa estaban en los terrenos sitios en el ámbito urbanístico.../..., y advertía que la fecha en la que la Cooperativa conocería la verdadera situación concreta de las parcelas sobre las que podrían construirse las viviendas sería el momento de la adjudicación de las parcelas resultantes por la Junta de Compensación.

En la estipulación XII de cada contrato se hacía constar que las cantidades entregadas por el socio quedarían inmovilizadas e intervenidas por una Compañía de seguros y reaseguros en la cuenta especial bloqueada de “Caja Duero” hasta la entrega de cantidades para la “señalización del suelo”, la escrituración notarial de los terrenos, los gastos que comportaba la urbanización u otras necesarias para el proceso de desarrollo y realización de la promoción, aceptando el socio que sus datos se pudieran trasladar a la compañía de seguros “a los solos efectos de controlar la situación económica de la promoción que se garantiza con la póliza global y la individual de caución”.

9.- Después de la incorporación de los socios interesados en una vivienda mediante dichos contratos de adhesión, Asefa remitió a casi todos ellos un “Certificado de Seguro” referido a la póliza global, especificando como “Capital asegurado” la cantidad total entregada por cada uno de ellos e identificando como cuentas especiales las ya mencionadas de “Caja Duero” y “Caja Madrid”, pero indicando también, lo siguiente:

“El presente Certificado de Seguro de Caución no garantiza el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas, y tampoco responderá del uso de las cantidades dispuestas que no sean justificadas como ingreso previo en la citada cuenta especial”. En su párrafo último se explicaba que el certificado estaría vigente hasta su devolución al asegurador o hasta la emisión, por parte de Asefa, de la “póliza individual de afianzamiento de cantidades entregadas a cuenta a favor del Asegurado”.

10.- Al cabo de poco más de dos años, desde la constitución de la cooperativa, quedó de manifiesto la inviabilidad de la promoción, y el 19 de enero de 2010 se comunicó el siniestro a Asefa por insolvencia de la Cooperativa, a lo que Asefa respondió que quedaba cancelado el seguro de caución por haber cambiado de gestora la cooperativa (Urbagesa en vez de Gesteco) pese a que un mes antes Asefa había dado instrucciones a esa nueva gestora sobre la autorización de pagos con cargo a las cuentas especiales.

El 24 de febrero de 2010 Asefa hizo un ingreso de 8.511,70,- € en la cuenta de la cooperativa como extorno de las primas a consecuencia de la resolución unilateral de la póliza por la propia Asefa, pero la cooperativa se negó a aceptar dicho ingreso.

11.- El 13 de mayo de 2010 se presentó la solicitud de la declaración de concurso de la cooperativa, con un pasivo de 35.905.113,40,- € según la documentación que se adjuntaba, y el 7 de julio siguiente se dictó Auto declarando el concurso de acreedores de la cooperativa.

12.- El 30 de julio de 2010 52 personas en relación con 48 viviendas interpusieron una demanda contra Asefa. En la demanda se pedía la condena de la aseguradora para pagar a los demandantes, como “prestación indemnizatoria debida a la cobertura del seguro de caución”, las cantidades respectivamente anticipadas, por un total cercano a 5,1 millones de euros.

13.- La demandada Asefa contestó a la demanda oponiéndose totalmente a la misma, en esencia por entender que la póliza global de seguro de caución no garantizaba el buen fin de la promoción sino únicamente que las cantidades ingresadas en las cuentas especiales no se dedicaran a fines ajenos a la cooperativa, y en consecuencia pedía la íntegra desestimación de la demanda.

La *Sentencia de primera instancia* estimó íntegramente la demanda (excepto en lo relativo a los intereses), basándose en la siguiente Fundamentación jurídica:

1.- El tipo de riesgo descrito en las condiciones particulares de la póliza era el “el buen fin” de las aportaciones o anticipos de los cooperativistas, y “es obvio que este “buen fin” sólo se consigue si la promoción inmobiliaria... llega a concluirse, con la edificación y entrega de las viviendas a los socios cooperativistas, objeto social de la entidad e incuestionable intención de quienes se adhieren a la misma como socios”.

2.- Por tanto, el riesgo asegurado en la póliza se daba “cuando los anticipos de los cooperativistas no han alcanzado ese 'buen fin', lo que está indisolublemente vinculado a la indisponible garantía de devolución de las cantidades anticipadas contemplada en el art. 1 Ley 57/1968, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido”.

3.- En el estudio del riesgo por la propia aseguradora, aportado por esta como documento núm. 2 de su contestación a la demanda, la “operación solicitada” se describía como “seguros de buen fin para la promoción”.

4.- En los contratos de adhesión suscritos por los demandantes se describían las características de las correspondientes viviendas y plazas de garaje, “por lo que está claro cuál era el fin último de la adhesión a la cooperativa para el demandante, y el destino de sus aportaciones anticipadas, y, atendiendo a ello, tiene derecho a que se constituya a su favor una garantía de la devolución de las mismas para el caso de

incumplimiento por parte de la promotora del plazo o de la obligación de entrega de las viviendas, lo que, sin duda, se hizo a través de la póliza global 09/2007/31”.

5.- El contenido de los certificados individuales, alterando las condiciones particulares de la póliza al excluir el buen fin, pretendía modificar el objeto del contrato introduciendo una limitación de los derechos del asegurado no consentida por éste como exige el art. 3 LCS.

6.- La garantía de devolución de las cantidades anticipadas es una “exigencia rigurosa de la Ley 57/1968” que determina una interpretación favorable a su finalidad protectora, de modo que no podía tener efectos la resolución unilateral de la póliza por Asefa después de que se le comunicara la insolvencia de la cooperativa.

7.- En contra de la indeterminación de fechas alegada por Asefa para defender que el seguro era de los “de Tramo I”, el documento núm. 2 de los aportados con su contestación a la demanda, elaborado por la propia Asefa, incluía una fecha prevista para el inicio de las obras (junio de 2009), una fecha prevista para su finalización (diciembre de 2010) y una fecha prevista para la entrega de las viviendas (marzo de 2011), incluida también en la oferta de seguro de caución y coincidente con la fecha de vencimiento de la póliza. a Asefa por insolvencia de la Cooperativa, a lo que Asefa respondió que quedaba cancelado el seguro de caución por haber cambiado

La aseguradora Asefa interpuso recurso de apelación ante la *Audiencia Provincial de Madrid*, que lo estimó en su totalidad, revocando la de primera instancia fundándose en las siguientes Consideraciones:

1ª) “En las condiciones particulares no se habla para nada de la Ley 57/68. Al definir el tipo de riesgo se dice que es seguro de caución en garantía del buen fin de los anticipos de los cooperativistas de la promoción”, y a estas condiciones “se deben unir las especiales de cooperativas que de forma muy clara dicen que su objeto no es el de la Ley 57/68, sino el de garantizar que las cantidades entregadas se destinen exclusivamente para atender las necesidades de financiación de la promoción ya citada”.

2ª) El último documento del seguro “es el certificado individual”, ya “mucho más preciso” al añadir que “no asegura el buen fin de la promoción, ni la entrega de las viviendas, ni otras cantidades entregadas que no lo hayan sido a través de la cuenta especial”.

3ª) En función de todo lo anterior “podemos decir que el seguro no era el de la Ley 57/1968; era otro tipo de seguro distinto”, y esto pese al suplemento de aclaración de la póliza emitido por Asefa el 15 de diciembre de 2008 (documento núm. 72 de la demanda), pues en el mismo “no se habla de la entrega de las viviendas sino del buen fin de las cantidades entregadas”.

4ª) Del contenido de la Ley 57/68 podría deducirse que la obligación de asegurar nace con la misma promoción de viviendas y desde el momento mismo de la fundación de la Cooperativa, “pero esta afirmación no nos convence, porque es dejar indeterminado el día inicial del contrato de seguro, fundamental a la hora de definir el riesgo”.

5ª) El examen de la normativa sobre garantía de las cantidades anticipadas enseñaba que es necesario “un día inicial fijado de forma precisa”. Así, el art. 3 de la Ley 57/1968 supedita la opción del cesionario de una vivienda por la rescisión del contrato con devolución de cantidades o por la concesión de una prórroga a la expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar; del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas y no derogado por el RD Legislativo 1/2007, se deduce que la fecha a partir de la cual deben entenderse exigibles las garantías de la Ley 57/1968 coincide con la construcción ya iniciada, “o al menos configurada en sus aspectos esenciales aunque la obra no haya comenzado”.

6ª) En definitiva, “la obligación de asegurar la percepción de las cantidades para responder del buen fin de las viviendas al amparo del art. 1 Ley 57/1968 es desde la calificación provisional”, y por tanto “el seguro que nos ocupa no es de esa clase”.

7ª) Por otra parte, el contrato de adhesión a la cooperativa “no se parece en nada a los contratos de venta sobre plano”, cuyas características obligarían a concertar el seguro desde la fecha de calificación provisional de las viviendas; en cambio, de los contratos de adhesión de los demandantes se desprendería que ni tan siquiera se habían comprado los terrenos ni el proyecto estaba redactado. En consecuencia, también desde este punto de vista cabía concluir que el seguro contratado no era el de la Ley 57/1968 sino un seguro distinto, “tan distinto como que la cláusula 12ª dice cuál era el destino de las cantidades aseguradas; suelo, gastos notariales, proyecto, etc., pero no dice que sean las entregadas para la construcción, que son a las que se refiere la Ley 57/1968”.

8ª) De cuanto antecede resultaba que “el seguro concertado es el Tramo I, cuya finalidad es de controlar que las cantidades ingresadas se destinen al fin de la promoción; a la compra de los terrenos, su titulación, la redacción del proyecto, y cuyo riesgo no es la insatisfacción del adquirente de la vivienda por falta de iniciación de las obras o no terminarlas a tiempo: se asegura el buen fin del gasto necesario para las fases preparatorias”. Esto es así porque mientras el seguro de la Ley 57/1968 cubre el riesgo de que la obra no se empiece o no se termine por causa imputable al promotor o al constructor, el seguro aquí examinado, en cambio, no podía cubrir esas contingencias porque “aún no se sabe cuál es el suelo ni se tiene el proyecto de obra que defina las viviendas ni se conoce, ni aun por aproximación, cuándo podrá comenzar la obra, ni se tienen licencias administrativas, ni calificación de la promoción, ni nada de nada. Solo hay una idea con un desarrollo muy embrionario”.

9ª) “La finalidad de ese seguro no puede ser la de garantizar la construcción de las viviendas, en esos momentos es imposible. Es garantizar que las cantidades entregadas a cuenta se ingresarán en una cuenta especial, y se emplearán en la compra de los terrenos, y en la confección del proyecto. Desde esa finalidad cobra sentido la intervención de la cuenta, gestionada por la aseguradora, para que no haya gastos que no respondan a la finalidad que preside la entrega de las cantidades”.

10ª) “En ese caso el siniestro es la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos, etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza”.

11ª) Así pues, como en el caso enjuiciado no hubo desviación de fondos, por más que la gestión de compra del suelo fuera “discutida y discutible”, había de concluirse que el seguro no garantizaba las cantidades anticipadas por los cooperativistas, porque aun siendo obvio que “las viviendas no podrán construirse”, también lo es que “las pólizas individuales de cada cooperativista” no dicen que el seguro sea de los de la Ley 57/1968, “y en el ámbito de la causalidad eficiente el fracaso de la promoción no se debe a incumplimiento del promotor o constructor, causa próxima prevista por la Ley 57/1968 , sino a la propia cooperativa, causa remota no contemplada”.

Los compradores interpusieron *recurso de casación ante el TS*, nuestro Alto Tribunal lo estimó y casó la St., basándose en los siguientes razonamientos jurídicos:

1º) La razón básica o fundamental es que el contrato de seguro de caución documentado en la póliza global de 22 de noviembre de 2007 describía el tipo de riesgo como "SEGUROS DE CAUCIÓN EN GARANTÍA DEL BUEN FIN DE LOS ANTICIPOS DE LOS COOPERATIVISTAS DE LA PROMOCIÓN, 120 VRL+ 50 VPP ÁMBITO URBANÍSTICO VALDEBEBAS US 4.01" (significando "VRL" viviendas de renta libre y "VPP" viviendas de protección pública), y *por buen fin de los anticipos tan solo cabe entender, tanto en lenguaje jurídico como en lenguaje vulgar, la compra de los terrenos, el comienzo de las obras, su terminación y la entrega de las viviendas a los cooperativistas, quienes conforme al mismo contrato eran los asegurados, es decir los titulares del derecho a la indemnización*, según el art. 68 LCS, en caso de incumplimiento de sus obligaciones legales o contractuales por el tomador, es decir la cooperativa.

2º) Hasta tal punto es así que, incluso aunque se prescindiera de la Ley 57/1968 y el seguro litigioso se considerase voluntario y no obligatorio, también los asegurados tendrían derecho a ser indemnizados por haberseles garantizado en el contrato, de forma clara, el buen fin de sus anticipos, buen fin que se reiteró por Asefa, como tipo de riesgo, en el suplemento de aclaración de la póliza de 15 de diciembre de 2008 (doc. núm. 72 de la demanda) que se emitió a causa de una modificación en el número de viviendas de renta libre y de protección pública de la promoción, que pasaron a ser 120 de protección pública y 50 de renta libre.

3º) Por otra parte, el que los certificados individuales del seguro entregados a cada cooperativista dijeran no garantizar “el buen fin de la mencionada promoción de viviendas, ni la entrega de las mismas” es irrelevante, porque al ser unos documentos unilaterales, es decir elaborados por Asefa y carentes de otra parte como contratante, no podían alterar el contrato bilateral, documentado en la póliza, ni menos aún, evidentemente, limitar, en contra del principio recogido en el art. 3 LCS, los derechos de los asegurados. La limitación contenida en los certificados podrá ser un simple error o podrá ser una estrategia de la aseguradora en prevención de un futuro siniestro, pero resulta ineficaz contractualmente.

A la razón básica o fundamental expuesta hasta ahora, suficiente por sí sola para casar la sentencia recurrida al desvirtuar sus argumentos de que el certificado individual “ya es mucho más preciso” (FJ 3º) y de que “las pólizas individuales de los cooperativistas”, en realidad inexistentes porque no eran pólizas sino certificados, no decían que el seguro fuera de los comprendidos en la Ley 57/1968 (FJ 6º), se unen las siguientes:

1ª) No es cierto, pese a que así lo considere la sentencia recurrida, que las condiciones de la póliza especiales para cooperativas digan “de forma muy clara” que el objeto del seguro “no es el de la Ley 57/1968” (FJ 3º). Antes al contrario, la lectura de esas condiciones especiales, a las que se remiten las condiciones particulares mediante la fórmula “VER CONDICIONES ESPECIALES AL DORSO”, revela por sí sola que no hacen alusión alguna a la Ley 57/1968, ni para incluir el seguro en su ámbito ni tampoco para excluirlo, y, además, que la aseguradora era perfecta conocedora de los contratos mediante los cuales se fueron incorporando los demandantes a la cooperativa, pues la condición especial 4ª establece que “la cantidad máxima garantizada a cada asegurado es la cifra consignada en los Certificados de Seguro de Caución, cifra que se obtiene a partir de la información contenida en los contratos de adhesión de los cooperativistas a la Cooperativa”. Esto último, a su vez, se corresponde con otra característica más de los seguros obligatorios de la Ley 57/68, pues la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para viviendas dispuso, en su art. 4, que en el condicionado general del contrato de seguro colectivo figurase como condición mínima, uniforme para todas las entidades aseguradoras, que: “a) Formasen parte del seguro los respectivos contratos de cesión de viviendas, la redacción de los cuales, así como la de cualquier modificación de sus términos, ha de haberse sometido al propio conocimiento de la Entidad aseguradora”.

2ª) El razonamiento de la sentencia recurrida acerca de que el siniestro era “la realización por parte de los órganos rectores de la cooperativa de gastos desproporcionados para la compra de terrenos etc., y la indiligencia en la gestión y control de la cuenta por la aseguradora que la fiscaliza” es contrario a la estructura del seguro de caución resultante del art. 68 LCS, porque asegurarse frente a la “indiligencia” de la aseguradora equivale a que esta fuera aseguradora de sí misma y no de los cooperativistas frente a los incumplimientos de la cooperativa para con ellos.

3ª) Precisamente el dato de que la aseguradora, además de cobrar a cada asegurado la prima proporcional del seguro de caución, percibiera también una retribución por controlar y fiscalizar las cuentas especiales, como prestadora de un servicio aparte, demuestra por sí solo que el objeto del seguro no podía limitarse a esa labor fiscalizadora. Y buena prueba añadida de esto es que la aseguradora demandada eludió ese dato en su contestación a la demanda y luego ha tratado de justificarlo amparándose en “la práctica aseguradora” (p. 39 de su escrito de oposición a los recursos), llegando hasta el punto de, ante la dificultad de vencer lo que legal y contractualmente está claro, alegar una posible nulidad del contrato de seguro, al amparo del art. 4 LCS, “al no existir riesgo alguno en el momento de su suscripción” (p. 47 de su escrito de oposición a los recursos).

4ª) Los esfuerzos de la sentencia recurrida por encontrar en normas de rango inferior a la ley argumentos favorables a su tesis interpretativa del seguro litigioso como un seguro “de Tramo I” carecen de sentido cuando la norma especial de adecuación de la Ley 57/68 a las cooperativas, es decir el Decreto 3114/1968, parcialmente transcrito en el fundamento jurídico anterior, distinto del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, al que atiende la sentencia recurrida y que en realidad es la disposición por la que se aprobó el Reglamento de la Ley sobre viviendas de Protección Oficial, somete a la Ley 57/1968 el anticipo de cantidades previo incluso a la adquisición del solar, es decir en esa “fase embrionaria” que tanto la aseguradora demandada como la sentencia recurrida consideran excluida de dicha ley.

5ª) Se trata, por tanto, no de un problema de jerarquía normativa, que no lo hay, ni tampoco de derogación de unas normas por otras posteriores de superior rango, sino de prevalencia de la ley especial sobre la general, de que la promoción de viviendas en régimen de cooperativa tiene sus propias peculiaridades y entre estas se encuentra el de la unión de esfuerzos desde un principio para adquirir los terrenos y, por tanto, el anticipo inicial de sumas muy importantes de dinero, mucho más elevadas que las habitualmente entregadas cuando la promoción se ajusta a otro régimen distinto, que la ley también quiere garantizar. Es desde este punto de vista como debe interpretarse la disposición adicional primera de la mucho más reciente LOE de 1999 cuando extiende las garantías de la Ley 57/1968 a la “promoción de toda clase de viviendas, incluso las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”, y no como propone la aseguradora demandada argumentado que al tratarse de una ley sobre edificación la garantía de los anticipos solo sería exigible una vez comenzada la construcción. En definitiva, el riesgo asegurado por el seguro de caución en los casos de promoción en régimen de cooperativa es el fracaso del proyecto, y a esta conclusión conducen tanto la ley como las condiciones particulares del seguro litigioso no desvirtuadas por las especiales; como los términos de los contratos de adhesión de los cooperativistas demandantes; como la publicidad que hizo Gesteco; como, en fin, los certificados de las entidades financieras en las que se abrieron las cuentas especiales. Frente a este conjunto de argumentos no puede prevalecer la “práctica aseguradora” constantemente invocada por Asefa en defensa de la distinción entre seguros “de Tramo I” y de “Tramo II” o de que sea compatible cobrar dos veces por lo mismo, porque ni esa “práctica aseguradora” se incorporó al



contrato distinguiendo entre Tramo I y Tramo II ni ninguna “práctica aseguradora” puede dejar sin efecto normas imperativas que garantizan derechos irrenunciables.

6ª) En último extremo, cualquier duda interpretativa de las normas aplicables al caso tendría que resolverse aplicando la Constitución, y *es insostenible que después de la Constitución*, cuyo art. 47 reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y cuyo art. 51 impone a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, *la protección de cooperativistas que se encuentran en la misma situación que los demandantes pueda ser inferior a la que habrían tenido en el año 1968*, como si el detalle de las normas administrativas sobre cédulas urbanísticas y calificación provisional tenidas en cuenta por la sentencia impugnada fueran capaces de diluir una protección que, arrancando del año 1968, hoy solo puede entenderse reforzada y no disminuida.

7ª) Mediante todas las razones anteriores queda claro que esta Sala resuelve “únicamente conforme a Derecho”, como pide la aseguradora demandada en la página 14 de su escrito de oposición.

Pues bien, precisamente es conforme a la Constitución y a la ley como esta Sala ha resuelto los motivos de casación examinados, dándose en este caso la circunstancia de que un elevado número de personas tiene la ley de su lado, especialmente una ley que, como la de 1968, se dictó por “la justificada alarma” que en la opinión pública había producido “la reiterada comisión de abusos” que constituían una “grave alteración de la convivencia social”; es decir, atendiendo a un factor social cuya relevancia jurídica no puede desdeñarse porque la proclamación de España como “un Estado Social y democrático de Derecho”, en el artículo 1 de nuestra Constitución, no es una declaración puramente simbólica o retórica, sino la introducción a los valores que acto seguido se enuncian como “superiores de su ordenamiento jurídico” y, por consiguiente, de ineludible consideración en la interpretación de las normas.

Por todo ello el TS estimó el Recurso de Casación y casó la Sentencia recurrida, confirmando la St. de Primera Instancia.