

EL AFIANZAMIENTO DE LAS CANTIDADES ANTICIPADAS EN LA COMPRA DE VIVIENDAS*

MARÍA ISABEL MONDÉJAR PEÑA**

Resumen: La principal pretensión de la autora de este artículo es reflexionar sobre la importancia que en la actualidad tiene en España el seguro de caución, introducido por la Ley 57/1968, de 27 de julio reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en orden a garantizar la devolución de las cantidades entregadas por los compradores de una vivienda en construcción.

Palabras clave: Vivienda futura, seguro de caución, protección del consumidor, devolución de cantidad, venta de inmuebles en construcción.

Abstract: This article intended to provide an insight on the significance that currently has in Spain the caution of warranty, introduced by Act 57/1968, of July 27, which regulates the deliver of quantities anticipated in the building and sale of real state, in order to guarantee the return of the quantities delivered by the buyers of a building house.

Keywords: Future housing, assurance of caution, protection of the consumer, return of quantity, sale of real estate in construction.

SUMARIO. I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN; II. EVOLUCIÓN NORMATIVA; III. EL SEGURO DE AFIANZAMIENTO DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA PROMOTORES; IV. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA: SITUACIÓN DEL ADQUIRENTE FRENTE AL PROMOTOR MOROSO; V. REGIMEN SANCIONADOR; VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Es sumamente frecuente en nuestros días que el acceso a la propiedad de una vivienda tenga lugar a través de compras sobre plano. La carestía del suelo, de los materiales y de la mano de obra, ha dado lugar a que se utilice una fórmula negocial que facilita la construcción al hacer intervenir en el proceso constructivo al propio comprador de la vivienda mediante la venta anticipada sobre plano de los pisos que se van a construir.

* Fecha de recepción: 6 de julio de 2007.

Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2007.

** Profesora Ayudante de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. E-mail: isabel.mondejar@uam.es.

Este comprador actúa en cierta medida como financiador de la construcción, pues tras la firma del contrato, suele ser habitual que el adquirente satisfaga alrededor del treinta por ciento del valor de la vivienda adquirida, aplazando el pago del importe restante al momento del otorgamiento de la escritura pública de venta, a la que habitualmente sigue la entrega de llaves, previa subrogación, en la mayoría de los casos, en el correspondiente préstamo hipotecario.

Esta fórmula constructiva favorece no sólo al vendedor-constructor sino también a los compradores de viviendas con menos recursos económicos al dilatarse en el tiempo el momento en el que el comprador debe tener a su disposición el precio total de la vivienda.

La especialidad de estos contratos de compraventa radica fundamentalmente en que constituyen un supuesto de *emptio rei speratae*¹. Esto es, a través de los mismos se vende una cosa, que determinada con arreglo al plano que muestra el constructor, es de posible existencia futura cuando concluya la actividad constructiva, (ya que puede ser totalmente inexistente en el momento de la celebración de dicho contrato, e incluso es posible que ni siquiera el vendedor cuente en el momento de la venta con los terrenos precisos para elevar el edificio) Otra condición especial de este contrato es que, obviamente, al tratarse de cosas futuras en su realidad física, su entrega no puede realizarse hasta que esté terminada la construcción, es más, la fecha de entrega suele quedar diferida normalmente hasta el transcurso de un corto plazo a contar desde la calificación definitiva.

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. De entre ellos destacaremos:

- Que las cantidades satisfechas no sean aplicadas al destino previsto: la adquisición del solar o la construcción de la vivienda;

¹ Declara la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 30 octubre 1989 (RJ 1989, 6976) que la compraventa de cosa futura (en su modalidad de “*emptio rei speratae*”), como contrato conmutativo que es (a diferencia de la modalidad llamada “*emptio spei*”, que es contrato aleatorio), presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega, por lo que no hay inconveniente legal ni jurisprudencial –Sentencias de esta Sala de 17 de febrero de 1967 (RJ 1967, 735), 3 de junio de 1970 (RJ 1970, 2790), entre otras– en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que la ha terminado.

- Que los terrenos adquiridos con las aportaciones de los compradores sean vendidos por los gestores a terceros;
- Que el piso adquirido sea objeto de una pluralidad de ventas a diferentes compradores;
- Que cuando se produzca la entrega y el comprador adquiera la propiedad, la vivienda se encuentre gravada con cargas ocultas,
- E incluso, que dicha entrega no se pueda llevar a cabo por pertenecer a un adquirente judicial tras la subasta legalmente realizada dentro de un procedimiento de ejecución por deudas del vendedor-constructor.

El legislador, consciente de esta problemática, ha intentado paliar las aristas más agudas de esta situación introduciendo, sobre todo a partir de los años sesenta, época de frecuentes fraudes inmobiliarios, unas medidas de aseguramiento y cautelas².

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Como ya se ha apuntado, la protección del comprador sobre plano comenzó con la adopción de unas medidas de garantía para las viviendas construidas con la protección del Estado en el Decreto de 3 de enero de 1963. En el ámbito de las viviendas no protegidas, fue la Ley 57/68, de 27 de julio, reguladora de las percepciones de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (BOE núm. 181, de 29-07-1968), la que tras poner de manifiesto la justificada alarma que en la opinión pública produjo la reiterada comisión de abusos, obligó a establecer con carácter general normas preventivas que garantizaran 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 dicha construcción no se llevare a efecto.

La Ley 57/1968 se promulgó con la finalidad de proveer al comprador de vivienda de una garantía de recobro de las cantidades que hubiera adelantado a cuenta del precio final, cuando el promotor no cumplía sus obligaciones de entrega, al no finalizar la construcción, declarando expresamente el art. 7º de la mencionada norma que los derechos que se otorgaba a los cesionarios tendrían el carácter de irrenunciables³.

² El carácter arriesgado de estas adquisiciones ha sido destacado en la STS de 22 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8795) al declarar que en estos contratos de vivienda en construcción los compradores no adquieren la propiedad, sino que sólo pueden exigir al vendedor que se las entreguen en las condiciones pactadas en los mismos.

³ El afianzamiento de cantidades anticipadas para promoción inmobiliaria está regulado además de por la Ley 57/1968, de 27 de julio, para viviendas de renta libre, por los Decretos 2.114/68, de 24 de julio, para viviendas de

Dicha ley, todavía en vigor, dispone en su art. 1 que las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los cesionarios entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

1ª Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 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 convenido⁴.

La cantidad garantizada será pues la suma de las cantidades que el comprador vaya a entregar antes de la recepción de la vivienda, y que deberán venir recogidas en el contrato de compraventa correspondiente firmado entre el comprador y el promotor. El importe de estas cantidades se incrementará con el tipo de interés que corresponda.

2ª 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.

Con esta obligación, se pretendía que con los ingresos que se fueran obteniendo por la venta de las viviendas de una promoción se atendieran exclusivamente pagos relacionados con dicha promoción, al menos hasta que se procediera a la entrega de las viviendas a los compradores.

En relación con el ingreso en la cuenta especial, resulta destacable la doctrina del Tribunal Supremo que ha sostenido con constancia y acierto que el ingreso en esa cuenta especial es un deber del vendedor, no de los compradores, quienes cumplen con anticipar las cantidades en la forma exigida por éste, sin que el asegurador le pueda oponer aquella circunstancia como una excepción al pago⁵.

protección oficial y 114/68, de 12 de diciembre, y más recientemente la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

4 Precisamente, por no existir estas entregas a cuenta cuando el negocio preexistente es una permuta de solar por obra futura y por haber ocultado el verdadero contrato celebrado entre tomador y asegurado, la STS de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7105) estimó improcedente la reclamación de la cantidad efectuada por los permutantes al tratarse de un supuesto no incluido en el riego cubierto: la devolución de las cantidades entregadas por los adquirentes de los pisos.

⁵ Al respecto, entre otras pueden verse las SSTS de 7 de junio de 1983 (RJ 1983, 3450), 25 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4961); 23 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1720), 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9984).

Por lo que respecta a la doctrina de las Audiencias también puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 27 de septiembre de 1994 (AC 1994, 1604).

El cumplimiento de tal obligación no se impone al asegurado sino que es una obligación que corresponde cumplir al constructor-tomador del seguro, cuyo incumplimiento faculta a la Cia. Aseguradora a negarse a emitir el certificado individual de garantía. Si la aseguradora no comprueba la realidad del ingreso dicho comportamiento en modo alguno puede perjudicar al asegurado a quien se le entrega el citado certificado, siendo ajeno a las relaciones existentes entre tomador y aseguradora.

En el momento del otorgamiento del contrato en el que deberán constar las circunstancias a las que se refiere el art. 2 de la Ley 57/1968⁶, el cedente deberá hacer entrega al cesionario del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio⁷. Se ha señalado por la doctrina que aunque el art. 2 de la Ley 57/1968 preveía que en el contrato de cesión de viviendas debía hacerse una referencia al aval o contrato de seguro, y que en este momento el cedente debería entregar al cesionario el documento en que se acreditara la garantía referida e individualizada a las cantidades anticipadas a cuenta del precio, esto es, la póliza individual de aval o seguro y no una simple fotocopia de la póliza colectiva la que debía ser entregada al cesionario, sin embargo, como apunta CARRASCO PERERA⁸, esta exigencia es de imposible cumplimiento, pues el asegurador sólo emitirá esta póliza cuando se le acredite la firma del contrato. Así dispone el artículo 5 de la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para vivienda (BOE nº 292, 5 diciembre 1968) que a medida que vayan quedando incorporados al contrato los asegurados se extenderán las respectivas pólizas individuales de seguro.

La protección del comprador de una vivienda sobre plano o en construcción se manifiesta aún antes de la celebración del contrato. La percepción de cantidades obliga a unos

Sobre la obligación del ingreso en cuenta especial, *vid.* el comentario de la STS de 22 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6410) de CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *CCJC*, 46 §1241 pp. 67 y ss.

⁶ De acuerdo con el art. 2º de la Ley 57/1968, en los contratos de cesión de las viviendas a que se refiere el artículo primero de esta disposición en que se pacte la entrega al promotor de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente:

a) Que el cedente se obliga a la devolución al cesionario de las cantidades percibidas a cuenta más el 6 por 100 de interés anual en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la Cédula de Habitabilidad.

b) Referencia al aval o contrato de seguro especificados en la condición primera del artículo anterior, con indicación de la Entidad avalista o aseguradora.

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

⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, de 5 de abril de 1995 (RJ 1995, 2816) contempla el supuesto de un promotor que había contratado la póliza colectiva, cuya fotocopia entregaba a los adquirentes, dejando sin pagar luego las sobreprimas correspondientes a las pólizas individuales. Según el Tribunal Supremo la contratación de la póliza colectiva a favor de los adquirentes no hace nacer a favor de ellos ningún derecho, hasta que se realice la emisión de cada póliza individual. La aseguradora puede rechazar la emisión de estas pólizas, así como resolver el contrato, cuando el promotor falta a sus compromisos. En semejante sentido la Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de septiembre de 1983 advirtió que la póliza colectiva de afianzamiento no significa que el asegurador asuma ninguna garantía a favor de futuros adquirentes, que sólo existirá cuando se emita el correspondiente certificado individual.

⁸ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 468.

condicionamientos previos en la promoción de la comercialización de la vivienda. Al respecto, ya disponía el art. 5º de la Ley 57/1968 que sería requisito indispensable para la propaganda y publicidad de la cesión de viviendas mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción, que se hiciera 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 especificarían en el texto de la publicidad que se realice.

En igual sentido, dispone art. 3.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir al error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma. Declarando expresamente en el art. 7.º que en el caso de que la vivienda no se encuentre totalmente terminada se deberá tener a disposición del público y de las autoridades competentes copia del documento o documentos en los que se formalizan las garantías entregadas a cuenta según la Ley 57/1968, de 27 de julio. Además, de acuerdo con el art. 5.5 en el caso de que la vivienda o las zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.

Tras una vigencia continuada de más de treinta años, la figura asegurativa establecida y regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio (BOE n.º 181, de 29 de julio de 1968) ha sido objeto de algunas modificaciones y retoques puntuales por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (BOE n.º 226, de 6 de noviembre de 1999) en su Disposición Adicional Primera en la que tras declarar que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas y que dicha Ley, y sus disposiciones complementarias, se aplicarán en el caso de viviendas, introduce las siguientes modificaciones:

- Dispone en la letra a) de citada Disposición adicional primera que: “La expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa”.

En relación con este apartado resulta destacable que la Ley de Ordenación de la Edificación no ha introducido ninguna novedad, pues el Decreto 3114/1968 ya había ampliado las previsiones de la Ley 57/1968, para comprender en el concepto de promoción a las realizadas en régimen de comunidad o de cooperativas. Para las cooperativas de VPO esta obligación de aseguramiento de cantidades ya estaba impuesta por el art. 1 d) del RD 2028/1995, regulador de diversos extremos de las promociones de VPO en comunidad y en cooperativa y ya estaba también incluida en el art. 114 del D. 2114/1968.

Tal vez sería deseable que estas obligaciones se impusieran no tanto a las cooperativas o comunidades de propietarios, sino a las gestoras encargadas de gestionar los intereses de las mismas, esto es, la construcción, promoción y venta de las distintas viviendas.

- En la letra b) de la citada Disposición Adicional se declara: “La garantía que se establece en la citada Ley 57/1968 se extenderá a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario, cuyo pago se domiciliará en la cuenta especial prevista en la referida Ley”⁹.

En las pólizas aseguradoras y en la misma normativa de desarrollo de la Ley 57/1968 (cfr. art. 4 f apartado 1 de la Orden de 29 de noviembre de 1968), el ingreso en cuenta se concibe como un elemento necesario para que se entienda producido el siniestro cubierto por la garantía. Pero, la jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que la falta de ingreso en cuenta especial es una excepción personal, que el asegurador no puede oponer al asegurado. Además las compañías de seguro no emiten avales sin que se haya abierto la cuenta correspondiente y, a veces, como afirma CARRASCO PERERA¹⁰, incluso hasta que se hubieran producido ingresos en esta cuenta.

- En el apartado c) de la citada Disposición Adicional se dispone que la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero, vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

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

En torno al objeto de este seguro de caución, debe resaltarse que las garantías a las que se refiere la Ley 57/1968 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 no garantizan al asegurado frente al incumplimiento por el tomador de su obligación de entregar la vivienda en las condiciones de calidad o seguridad pactadas. Sólo garantiza la restitución de las cantidades entregadas a cuenta cuando la vivienda no se ha entregado, o no se ha obtenido la cédula de habitabilidad, y siempre que el promotor no cumpla su obligación de devolverlas¹¹.

⁹ Ya la STS de 22 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6410), comentada por CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J., *CCJC*, nº 46 §1241, 1998, pp. 59-74, había admitido el régimen de garantía de la Ley 57/1968 a los pagos realizados mediante letras de cambio.

¹⁰ CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Thomson Aranzadi, tercera Edición, 2005, p. 467.

¹¹ Como destaca CARRASCO PERERA, A., *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Thomson Aranzadi, tercera Edición, 2005, p. 464, el único incumplimiento considerado es el de la obligación de restituir las cantidades cuando la vivienda no se entrega en el tiempo debido. No podrá pedirse la ejecución de la garantía cuando la vivienda se ha entregado gravada con una anotación de embargo o una hipoteca.

Vid. también al respecto BENAVENTE SOGORB, R. J.: “Reflexiones sobre el riesgo en el seguro de caución para devolución de cantidades anticipadas en la adquisición de vivienda futura”, *RGD*, 651, 1998, pp. 14626 y ss.

Si las causas del incumplimiento no se limitan en la póliza al describir el riesgo asumido por la Cia. aseguradora, ésta estará obligada a indemnizar al asegurado incluso cuando la falta de entrega fuera causada por la ejecución de la hipoteca constituida sobre la finca. Así pues, si no se limita el riesgo, la aseguradora debe responder si el tomador del seguro no hace efectivas sus obligaciones de pago y se ve privado de la propiedad del bien sobre el que recae el seguro. No pudiendo estimarse a juicio del TS que la constitución de la garantía hipotecaria suponga una agravación del riesgo (STS 20 dic. 2004 [RJ 2004, 8134]).

III. EL SEGURO DE AFIANZAMIENTO DE CANTIDADES ANTICIPADAS PARA PROMOTORES

El seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para promotores constituye una modalidad del seguro de caución, en la que el Tomador del seguro es la persona física o jurídica que realiza una promoción de viviendas, y los Asegurados son los compradores de dichas viviendas¹².

De conformidad con el art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato y que todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro.

A pesar de que el supuesto de hecho de la garantía no cubre todos los riesgos a los que se puede enfrentar un adquirente de viviendas lo cierto es que al garantizar una obligación dineraria, los aseguradores o fiadores no podrán alegar la concurrencia de un caso fortuito que les imposibilite de cumplir la obligación de entrega de la vivienda.

En cuanto a los efectos que este contrato produce, como declara la STS de 12 marzo de 2003 (RJ 2003,2572) recogiendo la doctrina sentada con anterioridad en las sentencias de 5 de junio de 1992 (RJ 1992, 5002) y 26 de enero de 1995 (RJ 1995, 172) tal seguro se rige por lo preceptuado en el contrato de seguro y por las condiciones generales y particulares de la póliza y lo que se concede al asegurador es una acción de reembolso frente al tomador y no una subrogación en los derechos del asegurado contra el tomador. Por otra parte, es el seguro de caución, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiera producido.

¹² Sobre el régimen jurídico de este contrato *vid.* BARRES BENLLOCH, M^a P., *Régimen jurídico del seguro de caución*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

CAMACHO DE LOS RIOS, F. J., *El seguro de caución: estudio crítico*. Col. Estudios y Monografías, Mapfre, Madrid, 1994.

EMBIID IRUJO, J. M., "El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica", *Revista Jurídica La Ley*, tomo 2-1986, pp. 1064 y ss.

Como ha precisado la sentencia de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10438), se trata de una figura polémica con regulación legal imprecisa y con terminología criticada por la doctrina y su configuración práctica dificultosa, pues tanto la estructura personal bilateral, como la función económico-social (causa) predominantemente de garantía, le aproximan a las obligaciones fideusorias, pero que esté destinada a garantizar el incumplimiento de una obligación (riesgo), e indemnizar, en caso de producirse el siniestro, el daño patrimonial producido a título de resarcimiento o finalidad (interés asegurado) dentro de los límites pactados en el contrato tal y como se precisan en el art. 68 citado y en una copiosa jurisprudencia –sentencias de 26 de enero de 1995 (RJ 1995, 172), 22 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6410), 30 de enero (RJ 1998, 353), 6 (RJ 1998, 5417) y 24 de julio (RJ 1998, 6140) y 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9983), 20 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8983) y 26 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1020).

La primera etapa en el seguro de afianzamiento es el estudio del riesgo, el cual se efectuará por cada promoción que realice el promotor solicitante del seguro.

Si el resultado del estudio es favorable, se comunicará al solicitante la aprobación de emisión de la póliza colectiva, junto con los condicionantes cuya justificación será preciso acreditar previamente a la emisión de las pólizas individuales. La póliza colectiva recogerá la información relativa a la promoción, tal como situación de la misma, capital máximo a garantizar, tasa de prima, número de viviendas de la promoción, y fecha de vencimiento (fecha prevista de entrega de las viviendas de la promoción), entre otros datos.

Una vez cumplidos los condicionantes indicados por la Aseguradora, como paso previo a la emisión de las pólizas individuales, el promotor enviará a la Compañía copia de los contratos de compraventa para proceder a la emisión de las citadas pólizas individuales, momento en que aparece la figura del Asegurado, que es el comprador de la vivienda. En la póliza individual deberán constar los datos relativos a la vivienda asegurada, el capital asegurado al comprador, el número de cuenta especial donde se deben realizar las entregas anticipadas, además, por supuesto, del nombre del comprador de la vivienda que es en definitiva el Asegurado.

El importe total de suma asegurada de las pólizas individuales no podrá superar al importe por el que se haya emitido la póliza colectiva, salvo acuerdo previo por parte de la Compañía, en cuyo caso emitirá el correspondiente suplemento de ampliación de capital asegurado.

El seguro de afianzamiento estará en vigor desde la fecha de emisión de las pólizas individuales, aunque tomen efecto desde la fecha de firma del contrato de compraventa, hasta la fecha de obtención de la cédula de calificación definitiva en el caso de viviendas de protección oficial, o licencia de primera ocupación o documento análogo para las viviendas de renta libre. En las CCAA en las que la cédula de habitabilidad haya sido suprimida, su función la desempeñará la licencia de primera ocupación o el simple certificado final de obra¹³.

¹³ Cfr. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., *Derecho de la Construcción y la vivienda*, 4^a ed., Dilex, Madrid, 2003, p. 165 estiman exigible, además, que se produzca la entrega efectiva de

IV. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA: SITUACIÓN DEL ADQUIRENTE FRENTE AL PROMOTOR MOROSO

Según el art. 3 de la Ley 57/1968 si llega el plazo establecido para iniciar las obras o para la entrega de la vivienda sin que tenga lugar una cosa u otra, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, con el 6% de interés anual (hoy el interés legal tras la Ley de Ordenación de la Edificación), o conceder al cedente una prórroga¹⁴, que se hará constar en una cláusula adicional, con indicación del nuevo plazo de finalización de las obras y entrega de la vivienda.

Tras la entrada en vigor de la disposición adicional 1ª de la LOE, el promotor (y el garante subsidiariamente) serán deudores de la restitución de las cantidades adelantadas, más el interés legal correspondiente. Este interés se debe desde que el promotor incurre en mora, pero se pagará con efectos retroactivos a partir de la fecha en que se adelantaron las cantidades¹⁵. El asegurador deberá abonar la indemnización en el plazo de treinta días desde que se le reclame, siempre que se aporte copia del requerimiento hecho al promotor (art. 4 f) 2 de la Orden de 29 de noviembre de 1968).

El siniestro que posibilita la ejecución de la garantía requiere que concurren las circunstancias siguientes:

- Que las cantidades anticipadas hayan sido ingresadas en la cuenta especial.
- Que no hayan iniciado las obras o no hayan llegado a concluir.
- O no se hayan entregado en el tiempo convenido.
- Que el asegurado haya requerido notarialmente o de otra forma fehaciente al tomador y éste no haya devuelto las cantidades entregadas más sus intereses legales. El hecho que motiva la ejecución de la garantía (aval o seguro) no es propiamente que el promotor no entregue la vivienda, sino que no devuelva las cantidades correspondientes, cuando el comprador resuelve el contrato.

Como ha declarado la STS de 27 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4264) incumbe al asegurado probar las circunstancias que hacen nacer al siniestro que da origen a la indemnización.

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 para exigir al

la vivienda, entendida ésta como entrega de llaves, sin que baste la tradición instrumental. Tampoco en las VPO bastará la calificación definitiva, si no se ha producido la entrega efectiva de las viviendas

¹⁴ En este último caso parece que el adquirente se encuentre en una difícil situación pues corre el riesgo de no poder reclamar frente al seguro, si a pesar de la prórroga el promotor finalmente no entrega la vivienda.

La prórroga sólo producirá una extensión de cobertura si se paga la nueva prima, correspondiente al nuevo plazo.

¹⁵ Al respecto *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1998, *CCJC*, 50 §1368, pp. 776 y ss.

asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

El plazo de prescripción es de dos años, *ex art.* 23 de la Ley Contrato de Seguro. Para fijar el día de inicio del cómputo se debe tener en cuenta el nacimiento del derecho a la indemnización que, normalmente de conformidad con el clausulado de la póliza del seguro, surgirá desde que el asegurado haya requerido notarialmente o de otra forma indudable al contratante para que le devuelva las cantidades anticipadas más los intereses correspondientes, sin que el reintegro haya tenido lugar en el plazo contractualmente previsto. Además, dicho prescripción puede ser interrumpida, lo cual ha dado lugar a que la STS de 15 de julio de 2005 (RJ 2005, 9624) reconozca que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción deba computarse desde que se cierran las conversaciones y negociaciones mantenidos por las partes y no desde la fecha del requerimiento, pues este acto de parte está encaminado a la solución extrajudicial y sólo tiene cumplida respuesta tras el cierre definitivo de las negociaciones. Esta interpretación *pro actione* coherente con la obligación de jueces y tribunales de efectuar una interpretación restrictiva de la prescripción cuando en modo alguno consta el abandono de la acción.

Todo pago efectuado por el asegurador deberá serle devuelto por el tomador, no pudiendo este oponer al asegurador las objeciones que éste opuso al asegurado para negarse a pagar. Como declaran las SSTS de 12 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2572) y 20 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8134) el seguro de caución concede al asegurador una acción de reembolso frente al tomador y no una subrogación en los derechos del asegurado contra el tomador.

El comprador que ve insatisfecha su pretensión de adquirir la propiedad de una vivienda, sin duda podrá exigir del constructor o promotor inmobiliario la devolución de las cantidades entregadas incrementadas en el interés legal anual. Sin embargo, dicha cantidad normalmente no resarcirá íntegramente su interés, habida cuenta el aumento de precios en el sector de la construcción sobre todo en momentos de constante incremento de los mismos, por lo cual la indemnización deberá comprender también el mayor valor que una vivienda de semejantes características posea al tiempo en que su interés ha quedado definitivamente insatisfecho.

V. REGIMEN SANCIONADOR

En relación con las posibles sanciones penales, el art. 6 de la Ley 57/1968¹⁶ fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre,

¹⁶ La redacción primitiva del art. 6 disponía que “El incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta conforme a las normas previstas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia.

La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente Ley, será constitutivo de falta de delitos sancionados en los artículos 587, número 3, y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo”.

del Código Penal. A juicio de CARRASCO PERERA¹⁷, la remisión deberá entenderse hecha al Derecho administrativo sancionador en materia de consumo (cfr. art. 7 RD 515/1989), o de vivienda, según asignación competencial que corresponderá hacer en todo caso a las Comunidades Autónomas.

El delito que puede ser imputado es el de apropiación indebida o el de estafa pero no el de la falta de aseguramiento. El artículo 636 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal sólo considera falta punible la no concertación de seguros obligatorios cuando éstos sean de responsabilidad civil¹⁸.

En relación con las sanciones administrativas la jurisprudencia contencioso administrativa ha estimado que el incumplimiento de las obligaciones legales relativas al aseguramiento de las cantidades adelantadas constituye infracción de consumo tipificada en el art. 3.3.6 y 3.3.7 del RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria¹⁹ o en la correspondiente normativa autonómica²⁰.

Un ejemplo de la sanción impuesta por una Comunidad Autónoma puede verse en la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid. BOCM 79, de 03-04-03, BOE 128, de 29-05-03, según el art. 8 c) constituye una falta muy grave percibir de los adquirentes o adjudicatarios de viviendas protegidas, antes de iniciar su construcción o durante la misma, cantidades a cuenta del precio sin cumplir los requisitos legales. De conformidad con el art. 9.9 las infracciones tipificadas como infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 6.001 a 60.000 euros.

VI. CONCLUSIONES

La persona física o jurídica que promueva la construcción de cualquier clase de vivienda y que pretenda obtener de los compradores entregas de dinero antes de iniciar su construcción o durante la misma, deberá garantizar la devolución de las cantidades entregadas por uno de estos dos medios: contrato de seguro con una Entidad Aseguradora o aval bancario prestado por Banco o Caja de Ahorros.

¹⁷ CARRASCO PERERA, A., *op.cit.*, p. 488.

¹⁸ Preceptúa el art. 626 del Código Penal “Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses”.

¹⁹ Real Decreto declarado aplicable a los efectos de lo establecido en el libro I, capítulo II del 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 por la Disposición Final Tercera de dicho cuerpo legal.

²⁰ Al respecto *vid.* STSJ Madrid de 14 de mayo de 1998 (RJCA 1998, 1954).

Sin embargo, en la realidad práctica según estimaciones hechas por las compañías de seguros, en las viviendas libres sólo el 30% de las promociones cumplen con lo establecido en la Ley 57/1968. Esta proporción se eleva al 70% en las VPO. Ni las entidades financieras, ni los fedatarios públicos o registradores, ni las Administraciones urbanísticas comprueban el cumplimiento de la obligación de asegurarse.

La adquisición de una vivienda en construcción sigue constituyendo, en los momentos actuales, una aventura de riesgo. Este comprador, como reconoce el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de febrero de 2002 (RJ 2002, 1441), es un adquirente de una simple expectativa. La conversión de ésta en realidad dependerá, no sólo de que se supere el riesgo de que la vivienda llegue a tener una existencia real, sino también de que ningún acreedor del vendedor inste el embargo y subasta de la vivienda antes de que tenga lugar la entrega.

A través del importante seguro que brevemente hemos analizado se ha tratado de superar la precaria situación de los adquirentes de una vivienda en construcción, pues como es bien sabido los compradores de pisos futuros no disponen en la generalidad de los casos de ningún tipo de garantía convencional o legal (su crédito no tiene privilegio refaccionario, ni goza de las ventajas de la acción directa del art. 1597 del Código Civil) La restitución de estas cantidades no sería posible en caso de concurso del promotor, o sería prácticamente ineficaz ante una situación de insolvencia en que concurrieran con acreedores privilegiados.

Nuestro sistema jurídico no está interesado en privilegiar al adquirente de una vivienda “sobre plano”, a pesar de la previsión del art. 47 de la Constitución. Se ha optado por equiparar los derechos de éstos con los de los otros participantes en la actividad económica dejando muy mal parados a aquellos compradores que tienen la mala suerte de toparse con un empresario incompetente o con el delincuente de turno. En este caso, los culpables de estas estafas inmobiliarias deberán ser castigados duramente con las correspondientes sanciones penales, y la Administración deberá responder si los hechos han acaecido ante la falta de control de la actividad constructiva, al menos, cuando de construcción de vivienda protegida se trata.

Aunque, como ya se ha indicado, con el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas puede que no se satisfagan todos los intereses del comprador, lo cierto es que es un instrumento muy valioso en la seguridad de sus intereses, por ello, no resulta fácilmente comprensible como en muchas ocasiones a pesar de la intervención de Notarios, Registradores, Administraciones Públicas, un gran porcentaje de promociones de pisos se hayan construido sin las oportunas garantías. Creo que tal vez no sea preciso elevar las cuantías de las multas, pero sí realizar una eficaz investigación de que se cumple la prestación de estas garantías. Son muchos y muy importantes los intereses en juego y hay que fomentar el uso de estos medios de protección de los derechos de los consumidores cuando adquieren estos bienes de primera necesidad.