

**MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL RÉGIMEN DE CANTIDADES  
ADELANTADAS A CUENTA DEL PRECIO DURANTE LA CONSTRUCCIÓN EN LA  
COMPRA DE VIVIENDAS POR LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO, DE  
ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE LAS ENTIDADES  
ASEGURADORAS Y REASEGURADORAS (LOSSEAR)<sup>1</sup>**

*Jesús Almarcha Jaime*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*  
*Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo*

*Fecha de publicación: 24 de octubre de 2015*

## **1. Introducción**

La disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), a diferencia del artículo 19.1 del mismo cuerpo legal, ha sido objeto de una amplia reforma<sup>2</sup>. Ahora el régimen de la garantía sobre cantidades adelantadas por los adquirentes para la construcción de las viviendas por el promotor ostenta una regulación más exhaustiva, aunque no por ello menos problemática.

## **2. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas**

Básicamente, salvando pequeñas diferencias terminológicas, se ha trasladado el texto del artículo primero de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (Ley 57/68), a la LOE. La modificación más importante la encontramos en la inclusión del aval solidario emitido por entidades de crédito como alternativa al seguro de caución que se preveía en el texto anterior.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

<sup>2</sup> Esta propuesta de reforma, que fue aprobada, se encuentra en la enmienda núm. 73 al Proyecto de Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, formulada por el Partido Popular.

De nuevo nos encontramos ante el oportunismo del legislador que en aras de mejorar la posición y el negocio de las entidades de crédito, lo cual perjudica, claro está, a las entidades aseguradoras, introduce un nuevo elemento que, curiosamente, también se contemplaba en el Anteproyecto de LOE de 1994 y su posterior Proyecto de 1995. Ciertamente es que la Ley 57/68 se refería a ambas garantías indistintamente, regulándolas de modo unitario y dejando en manos del garante la elección de la modalidad que estimase más oportuna, pero habría que entender que la omisión del aval en el texto final de la LOE suponía la derogación parcial en este punto de la Ley 57/68<sup>3</sup>. Ahora, con la nueva redacción, no cabe duda de las dos alternativas existentes.

Sin embargo, sí se planteaba la duda en la redacción anterior sobre si la garantía se extendía a las cantidades anticipadas antes de la fase de construcción o si, por el contrario, se iniciaba al inicio de dicha fase. Ello había originado un gran debate en los tribunales, sobre todo en el ámbito de las cooperativas de viviendas, siendo la gran mayoría de resoluciones favorables a los compradores, lo cual supuso un claro perjuicio para las entidades aseguradoras que ofrecieron al mercado un seguro de caución pese a la escasa regulación legal de la institución jurídica en este ámbito. Con la nueva redacción parece que el tema queda zanjado y las cantidades adelantadas se garantizarán «desde la obtención de la licencia de edificación», es decir, las cantidades adelantadas anteriores al inicio de la fase de construcción quedarán fuera de la garantía. Lo cierto es que la inexistencia de regulación sobre las cantidades anticipadas antes de la obtención de la licencia de edificación genera la duda de si las mismas se deberán garantizar a partir de ahora mediante un seguro de «Tramo I». Igualmente, tampoco se entiende la diferencia real entre la aportación hecha por un adquirente (sea o no el mismo) antes o después de la obtención de la susodicha licencia. En realidad, seguramente algunos tribunales y críticos del Derecho<sup>4</sup> opinarán que 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. Personalmente considero que la nueva redacción es clara: las cantidades garantizadas por el seguro de caución o por el aval son las que se ingresen con posterioridad a la obtención de la licencia; las cantidades anticipadas con anterioridad quedan fuera de esta garantía y, en consecuencia, deberán garantizarse mediante otra garantía distinta si se quiere proteger

---

<sup>3</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción» en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Aranzadi, 1ª ed., 2007, pp. 530 y 531, ISBN: 978-84-8355-301-5.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (coord.): *Comentarios a la LOSSEAR*. Hogan Lovells, Madrid, España, 2015, p. 109, [http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2015/07/22/doc\\_lossear.pdf](http://estaticos.expansion.com/opinion/documentosWeb/2015/07/22/doc_lossear.pdf) [Consulta: 21 de octubre de 2015].

al adquirente ante el incumplimiento de la obligación contractual del promotor<sup>5</sup>. En definitiva, paradójicamente se generan tanto desprotección como perjuicios de aquí en adelante 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.

Esta nueva redacción aparentemente beneficia únicamente a las entidades aseguradoras, que vendrían a ser compensadas por el legislador después de años de jurisprudencia desfavorable a sus intereses, pero lo cierto es que también viene a beneficiar a las entidades de crédito de aquí en adelante (y seguramente esta novedad les afecte más a éstas que a aquéllas porque el negocio prácticamente les será trasladado). Por tanto, nuevo «engaño» del legislador, que parecía querer beneficiar a las aseguradoras, pero lo cierto es que a quienes quiere beneficiar realmente son a las entidades de crédito y, acaso, «de rebote», beneficiar a las primeras.

Aun así, lo que no se escapa es que todo ello es a costa de los intereses de los compradores de viviendas. El grupo parlamentario justificaba esta modificación en lo siguiente: «teniendo en cuenta la normativa que ha venido regulando esta materia hasta la fecha, se pretende completar y modificar su articulado, con el objeto de poder dotar de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor». Tenemos ante nosotros una auténtica falacia.

Otro factor digno de comentario es el mantenimiento de la «cuenta especial» para el ingreso de las cantidades adelantadas. Recordemos que dicha cuenta debe ser abierta por el promotor, separada de cualquier otro fondo perteneciente a éste, en una entidad bancaria, la cual será responsable de exigir la garantía (seguro de caución o aval solidario) para la apertura de esta cuenta especial<sup>6</sup>. De esta situación podemos extraer las siguientes conclusiones:

- Ya destacué con anterioridad (*cf.* apartado 4.1, *apud* CARRASCO PERERA) que la creación de una cuenta especial no suponía ningún tipo de garantía para los adquirentes, puesto que los compradores ni tienen acceso a la misma ni pueden

---

<sup>5</sup> El promotor no está obligado a constituir la garantía hasta que no obtenga la licencia de edificación, por lo que será difícil hacerle constituir una garantía para las cantidades anticipadas anteriores a dicha obtención, so pena de repercutir los gastos de esta constitución adicional sobre el adquirente.

<sup>6</sup> Esta responsabilidad ya se preveía en el artículo primero de la Ley 57/68, y así mismo se reconoció, por todas, en la reciente STS (Sala de lo Civil) de 16 de enero de 2015 (JUR 2015\61886) que reconoce la responsabilidad de la entidad financiera que incumplió el deber de exigir la garantía al promotor.

controlarla ni pueden mantenerla<sup>7</sup>. Parece que el legislador, sabedor de este posible problema, quiere hacer partícipe de cierto control a las entidades financieras, que serán responsables civiles y subsidiarias en caso de que el promotor no cumpla con la constitución de la garantía exigible.

- Hasta aquí, todo parece correcto y bien encaminado. Pero, de nuevo, nos encontramos ante una redacción vaga, de tal forma que no sabemos con exactitud el modo en que la entidad exigirá esta garantía.
- Además, la entidad de crédito no podrá controlar el destino real que el promotor esté dando a las cantidades que se ingresen en la cuenta, por lo que la intención del legislador de proteger a los adquirentes pronto se verá frustrada. La cuenta especial no impide la mala gestión económica.

En definitiva, se trata de una reforma oportunista, incompleta e ineficaz.

### 3. Contenido e información del contrato

En el contrato deberá incluirse la siguiente información:

- Que el promotor se obliga a devolver al adquirente las cantidades anticipadas (impuestos e intereses aplicables incluidos) en caso de que la construcción no se inicie o termine en los plazos convenidos o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda.
- Se hará referencia a la garantía suscrita (aval o seguro) y la entidad (aseguradora o financiera) garantista.
- La cuenta y entidad de crédito donde deben ingresarse las cantidades anticipadas.

Asimismo, se añade que en el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor hará entrega de un documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio.

---

<sup>7</sup> «La “cuenta especial” no es un patrimonio de garantía afecto al pago de los compradores, ni sobre ella obtienen aquéllos un privilegio específico en caso de tercería o concurso del vendedor». CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Aranzadi, 1ª edición, 2012, p. 608, ISBN: 978-84-9903-081-4.

Lo más importante a destacar en este ámbito es qué hay que entender por «documento que acredite la garantía». ¿Se trata de una póliza individual o basta con un mero papel escrito de puño y letra en el que se indique «se acredita la garantía individual»? ¿Qué requisitos formales y de contenido debe cumplir ese documento? Todos estos interrogantes no son resueltos por el legislador. A mi parecer, se trata de otra póliza individual.

Asimismo, comparto la opinión de CARRASCO PERERA sobre la improcedencia de entrega de este documento en esta fase, sino que «[e]l momento decisivo no debe ser el del otorgamiento del contrato de compraventa -que de hecho el promotor puede dilatar cuanto quiera, jugando con las formas negociales-, sino el momento de la primera entrega de cantidades, aunque ello se documente como precontrato, contrato de arras o con cualquier otro epíteto de fantasía. Además, en las cooperativas de viviendas no existe -ni puede existir- un contrato de compraventa de esta clase»<sup>8</sup>.

#### **4. Requisitos y ejecución de las garantías: el seguro de caución y el aval**

Se incluyen los requisitos que deben cumplir tanto el seguro de caución como el aval bancario, por separado, para que se concierten como garantía.

Respecto del seguro de caución, cabe comentar lo siguiente:

- Se suprime la figura de la póliza global, dejando únicamente la posibilidad de suscripción de una póliza individual. La justificación, de nuevo, se encuentra en «la falta de protección que el sistema proporciona a los adquirentes de vivienda», puesto que la única regulación del seguro de caución de cantidades anticipadas se encontraba en una Orden Ministerial de 29 de noviembre de 1968 que había quedado desfasada y la obligación de suscripción de una póliza colectiva por el promotor y adicionalmente una póliza individual es perjudicial para los adquirentes (asegurados).

Sin embargo, el regocijo del legislador no sería tal si realmente supiera que la jurisprudencia, si bien en un principio consideró que la póliza colectiva no suponía que el asegurador asumiera ninguna garantía en favor de futuros

---

<sup>8</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Sobre una propuesta del Partido Popular de modificación del régimen de cantidades adelantadas en la compra de vivienda», Centro de Estudios de Consumo (CESCO), 21 de mayo de 2015, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/05/Sobre-una-propuesta-del-Partido-Popular-del-modificación-del-régimen-de-cantidades-adelantadas-en-la-compra-de-vivienda.pdf> [Consulta: 9 de septiembre de 2015].

adquirentes<sup>9</sup>, lo cierto es que en los últimos años había venido otorgando mayor valor de protección a la póliza colectiva que a la individual, otorgando preferencia a la primera respecto a la segunda en caso de contradicción e, incluso, había superado la virtualidad de dicha póliza (o certificado) individual en caso de inexistencia por el mero hecho de existir la póliza colectiva<sup>10</sup>. En consecuencia, lo único que conseguirá el legislador con esta reforma es que el adquirente ahora tenga que encargarse de ir actualizando la póliza a medida que ingresa cantidades en la cuenta especial. Ciertamente es que anteriormente la emisión de pólizas individuales era una necesidad que ignoraba el adquirente y que el promotor despreciaba simplemente con la no comunicación al asegurador de cada uno de los contratos de venta o de las cantidades ingresadas en la cuenta especial que se realizasen después de emitida la póliza global. Pero ello no suponía, *in fine*, una desprotección del adquirente. Ahora sí. El simple descuido de actualizar la póliza individual supondrá un quebradero de cabeza para el adquirente, como veremos a continuación.

- Se establece que 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 y el interés legal del dinero<sup>11</sup> desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor. Ello supondría un claro beneficio para el adquirente si no fuera porque se añade que «en ningún caso serán indemnizables las cantidades que no se acredite que fueron aportadas por el asegurado, aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro». Puesto que a partir de ahora sólo habrá una póliza individual, corresponde al adquirente actualizarla para acreditar que las cantidades fueron aportadas. ¿De verdad piensa el legislador que esto supone un beneficio o protección para el comprador?

Por otro lado, de la redacción no queda claro si la póliza garantiza el importe total de las cantidades o sólo las cantidades adelantadas hasta la fecha. A mi juicio, lo que el legislador quiere decir es que la póliza individual hará referencia al precio

---

<sup>9</sup> V. gr. STS (Sala de lo Penal) 486/1995, de 5 de abril (RJ 1995\2816), que se basó asimismo en la RDGS de 26 de septiembre de 1983.

<sup>10</sup> V. gr. SSTS (Sala de lo Civil) 798/1997, de 22 septiembre (RJ 1997\6410), (Sala de lo Civil) 540/2013, de 13 septiembre (RJ 2013\5931).

<sup>11</sup> Se añade este matiz con el fin de armonizarse con el contenido de la LOE, siguiendo la línea jurisprudencial que incluía tanto el IVA como los intereses legales [v. gr. SAP Alicante 430/2006, de 16 de noviembre (JUR 2007\227005), y SAP a Coruña 228/2006 de 12 junio (JUR 2007\141236)].

total que deberá satisfacerse por el adquirente mediante cantidades adelantadas, pero que esta póliza deberá irse actualizando a modo que dichas cantidades vayan siendo ingresadas en la cuenta especial, de tal forma que las cantidades aseguradas serán las efectivamente adelantadas, no las previstas inicialmente en la póliza y que aún están pendientes de ingreso en la cuenta especial, en consonancia del apartado segundo del punto uno que dictamina que «la garantía se extenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes». Por tanto, la póliza individual no tendrá carácter ejecutivo (a diferencia de lo que ocurría en la Ley 57/68), pues de lo contrario se estaría creando un lucro indebido del adquirente.

- Se indica igualmente que el tomador del seguro es el promotor y deberá hacerse cargo del pago de las primas hasta que el contrato de compraventa, adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente sea elevado a escritura pública. De aquí pueden extraerse varias conjeturas:
  - o Puesto que el tomador del seguro es el promotor y éste se hace cargo del pago de las primas, el asegurador no podrá oponer como excepción al asegurado el impago de las mismas por el tomador (así se prevé expresamente en esta nueva redacción).
  - o En base a lo anterior, ya fue comentado por CARRASCO PERERA<sup>12</sup> que lo más apropiado era imponer al seguro de caución el deber de pago a primer requerimiento, de forma análoga al artículo 19.3 LOE.
- Respecto a la duración del seguro, se determina que «no podrá ser inferior a la del compromiso para la construcción y entrega de las viviendas. En caso de que se conceda una prórroga para la entrega de las viviendas, el promotor podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado». Se sigue manteniendo la duda que existía con la redacción anterior, es decir, de si la prórroga otorgada por el adquirente supone la prórroga automática del seguro o si la aseguradora puede oponerse a la prórroga del contrato porque considere que supone una agravación del riesgo de los artículos 11 y 12 LCS o por aplicación del artículo 1851 CC<sup>13</sup>. El sentido literal del texto es que el seguro no puede durar menos que el compromiso; si el compromiso se prorroga en el tiempo (se aumenta su duración), una de dos, o se prorroga automáticamente el seguro (de forma imperativa para la aseguradora), o

---

<sup>12</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Percepción de cantidades a cuenta...», *op. cit.*, p. 537.

<sup>13</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Percepción de cantidades a cuenta...», *op. cit.*, pp. 536 y 537.

se estaría vulnerando propiamente el contenido del texto, pues la duración del seguro sería inferior a la duración del compromiso.

- En cuanto al acaecimiento del no inicio de la construcción o la no consecución del buen fin en el plazo convenido<sup>14</sup>, el asegurado, previo requerimiento fehaciente de las cantidades anticipadas al promotor (si es posible) y el incumplimiento de la obligación por éste último en el plazo de treinta días, podrá dirigirse contra el asegurador para reclamar el abono de la indemnización correspondiente. Asimismo, el asegurador dispone de otros treinta días para abonar la indemnización al asegurado desde que éste realizó la reclamación.

Hubiera sido apropiado esclarecer si en caso de que el incumplimiento del vendedor no fuera esencial, el comprador podría resolver el contrato y dirigirse contra el asegurador, por cuanto el plazo nunca constituye un elemento esencial del cumplimiento en la compraventa de inmuebles, como prueba el artículo 1504 CC (pese a que el Tribunal Supremo venía admitiendo dicho incumplimiento como suficiente). Asimismo, también cabe cuestionarse si el asegurado puede reclamar al asegurador ante cualquier tipo de retraso en la entrega de las cantidades adelantadas una vez que la entrega de la vivienda no se ha efectuado en el plazo convenido, puesto que, imagine el lector, en un supuesto en el que el retraso de la entrega de la vivienda es de diez días, aplicando el texto literal de la reforma, el asegurado podría exigir la devolución de las cantidades al promotor y, en caso de no satisfacerse por éste, al asegurador transcurridos treinta días. Ello puede considerarse de una desproporción en la defensa de los intereses, por lo que hubiera sido coherente dar una solución legal ponderada<sup>15</sup>.

Aun así, en realidad, este apartado, más que ser un requisito, constituye lo que se denomina posteriormente como «ejecución de la garantía» (apartado cuatro de la disposición adicional primera de la LOE). Si hacemos una comparación, vemos que ambos textos hablan del mismo asunto, aunque ciertamente caen en incoherencia. Esto es así por cuanto la letra *h* del punto uno del apartado dos sólo prevé como causas que disparan el seguro de caución el no inicio de la construcción o que no se llegue a buen fin en el plazo convenido, mientras que el apartado cuatro es más amplio y, a mi parecer, más correcto, pues establece como

---

<sup>14</sup> Olvida aquí el legislador, intencionadamente o no, incluir como supuesto de siniestro la no obtención de la cédula de habitabilidad que, como señalaba CARRASCO PERERA, es un tema de importancia «en lo relativo al plazo de prescripción; aunque esté entregada la vivienda, no comenzará a correr el plazo de prescripción en tanto en cuanto no se haya entregado la cédula de habitabilidad». CARRASCO PERERA, A.: «Percepción de cantidades a cuenta...», *op. cit.*, p. 547.

<sup>15</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Sobre una propuesta...», *op. cit.*

«ejecución de la garantía» el no inicio de la construcción o la no entrega de la vivienda. Por tanto, el comprador podrá rescindir el contrato y ejecutar la garantía o dar una prórroga al promotor. Lo lógico es interpretar ambos preceptos de forma conjunta con tal de delimitar con mayor exactitud el supuesto de hecho de la garantía y lo que ésta realmente constituye. No se entiende muy bien la razón (salvo que quisiera hacer un matiz en el seguro de caución respecto al aval solidario) por la cual el legislador no ha compendiado ambos contenidos en un mismo apartado.

En suma, la garantía del seguro de caución cubre la no restitución de las cantidades por parte del promotor una vez que el comprador ha resuelto el contrato ante la falta de entrega de la vivienda, la no iniciación de la construcción o la no consecución del buen fin en el plazo convenido, incluido los casos en los que no se haya expedido a tiempo la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento análogo (*ex* apartado cinco). Si el comprador opta por otorgar una prórroga al promotor, se incluirá en una nueva cláusula del contrato la nueva fecha convenida.

- Se dictamina que el asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, subrogándose en los derechos que les correspondiera a éstos. Asimismo, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada.

Del texto cabe hacer las siguientes precisiones. En primer lugar, existe ahora una contradicción entre esta norma y el artículo 68 LCS, por cuanto ésta última no prevé la subrogación de la aseguradora en los derechos del asegurado frente al promotor, sino un derecho de reembolso frente a éste, que no es lo mismo. Esta contradicción habrá que resolverse por el principio de especialidad normativa, siendo así que prevalecerá la subrogación por estar contenida en una ley especial (LOE) frente al derecho de reembolso de la ley general (LCS), quedando entonces derogado parcialmente el artículo 68 LCS en este sentido, conforme a la nueva disposición derogatoria tercera. Por mucho que el grupo parlamentario proponentor de la reforma indique que el artículo 68 LCS es compatible con esta nueva redacción (supongo que esta justificación se basa en la ineptia), realmente se trata de dos situaciones jurídicas completamente distintas. De hecho, no se sabe muy bien si lo que el legislador pretende es que ambas situaciones se complementen («no sólo, subrogándose en los derechos que correspondan al comprador de la vivienda, sino también ejercitando una acción de reembolso contra el promotor») o que sean alternativas a elección del asegurador. Sea como fuere, se trata de una sandez que, por fortuna, no ha trasladado al texto final.

Ahora bien, centrándonos en los efectos de esta «subrogación», el derecho de reembolso permitía al asegurador reclamar al promotor «todo pago hecho el asegurador», incluyendo, por ejemplo, los honorarios de abogados por asesoramiento extraprocésal al asegurador. Sin embargo, con la subrogación este tipo de gastos no podrían ser reclamados al promotor, pues el asegurador se encontraría en la posición del asegurado. En definitiva, se trata de una reforma perjudicial para las compañías aseguradoras, máxime si se tiene en cuenta que, por ejemplo, en los procedimientos concursales del promotor la jurisprudencia venía considerando al asegurador como subrogante del asegurado, sin que naciese *ex novo* un derecho distinto del asegurador en el momento del pago de la indemnización<sup>16</sup>.

En segundo lugar, respecto a la imposibilidad del promotor de enajenar la vivienda hasta que no abone las cuantías de la indemnización a la aseguradora, ¿se trataría de una prohibición legal de disponer? ¿Se requeriría la constancia de este hecho en el Registro de la Propiedad? ¿Sería oponible a terceros compradores de buena fe? ¿Por qué no ha de poder enajenarlo si a la entidad aseguradora le basta obtener una anotación de embargo para asegurar su vía de regreso? Asimismo, como señala CARRASCO PERERA, «[s]egún la ley, además del regreso *iure proprio*, la aseguradora se subroga en los derechos del comprador contra el promotor. Tampoco aquí se ha medido el alcance de lo que se dice. A diferencia de lo que ocurre en el art. 43 LCS, el comprador asegurado de nuestro caso no tiene acción contra nadie, porque no ha existido “daño” material, y porque la resolución del contrato con el promotor le priva de derechos contractuales adicionales contra éste, por lo que no queda nada en lo que el asegurador pudiera subrogarse»<sup>17</sup>.

- Por último, en el texto de la enmienda del grupo parlamentario se indica que «para una mayor seguridad jurídica, se debería especificar tanto el plazo de prescripción de los contratos de seguro de caución como el plazo para poder ejecutar los avales si la garantía revistiera esta forma. Así, en el caso del seguro de caución, se señala, que dicho plazo de prescripción sería de dos años, según lo establecido en la propia Ley de Contrato de Seguro, lo cual despejaría las múltiples interpretaciones judiciales que ha suscitado este extremo ya que en muchas ocasiones, al no considerar al adquirente de vivienda en la condición de asegurado, no se le ha aplicado el plazo de prescripción de contrato de seguro». Sin embargo, ninguna referencia se hace al respecto en el texto normativo sobre este asunto. Sobre la controversia jurisprudencial que se indica, consiste en la

---

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ MANZANO, L.A. y RUIZ ECHAURI, J. (Coord.): *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>17</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Sobre una propuesta...», *op. cit.*

confusión que algunos tribunales caían sobre la aplicación del plazo de prescripción, pues unos entendían que el plazo era el de dos años, conforme al artículo 23 LCS<sup>18</sup>, mientras que otros consideraban aplicable el plazo de quince años, conforme al artículo 1964 CC<sup>19</sup>. Esta controversia se hubiera eliminado si en el texto se hubiera incluido, tal como parecía pretenderse, una referencia exacta del plazo aplicable. Sin embargo, nos encontramos con una vaga remisión a la LCS «en todo lo no específicamente dispuesto», por lo que *in fine* será aplicable el plazo de dos años del artículo 23 LCS mediante la interpretación indirecta de este precepto. El resultado, un caos que podría haberse ahorrado perfectamente.

Respecto al aval, cabe destacar lo siguiente:

- Deberá ser emitido y mantenido en vigor por una entidad de crédito, por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato, incluidos impuestos e intereses legales aplicables, desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor.
- En caso de que la construcción no se inicie o llegue a buen fin en el plazo convenido, el beneficiario, previo requerimiento fehaciente al promotor de la devolución de las cantidades anticipadas (incluidos impuestos e intereses legales) en el plazo de treinta días (siempre que sea posible), podrá dirigirse contra el avalista para el abono de dichas cantidades.
- Se establece un plazo de caducidad de dos años para el aval, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas.

Como vemos, el legislador ha pretendido establecer un régimen análogo al del seguro de caución con la intención de no crear diferencias (beneficiosas o perjudiciales) entre una u otra elección por parte del promotor. Sin embargo, veremos a continuación que sí existen diferencias entre ambas instituciones jurídicas.

---

<sup>18</sup> Por todas, SAP Málaga 309/1998, de 19 de mayo (AC 1998\5373), SSAP Valencia 659/1998, de 11 de julio (AC 1998\1356), 350/1998, de 24 de abril (AC 1998\764), SAP Santa Cruz de Tenerife 295/2001, de 7 de abril (JUR 2001\187619) y STS 3/2003, de 17 de enero (RJ 2003\1289).

<sup>19</sup> Por todas, SAP Barcelona 194/2004, de 26 de marzo (JUR 2004\155016) y SAP Madrid 271/2014, de 28 de mayo (JUR 2014\234355).

En primer lugar, del texto es extraíble que el aval hará referencia a todas las cantidades anticipadas, hayan sido ingresadas o no en la cuenta especial por el comprador. En definitiva, el seguro de caución garantizará las cantidades efectivamente aportadas, excluyéndose las pendientes (ello fue tratado con anterioridad), mientras que en el aval se garantizan todas las cantidades que hayan de ser anticipadas, estén ya ingresadas o pendientes de ingresar, puesto que no se exige que se vaya actualizando constantemente por el comprador. Por tanto, al comprador le beneficiaría más el aval que el seguro, pues incluso podría darse un lucro para él. Aunque ello es cierto, realmente el legislador no pretendía esta divergencia y la incoherencia habría que interpretarse en los mismos términos que se hizo con el seguro, esto es, quedan bajo garantía las cantidades que se vayan ingresando en la cuenta especial de forma efectiva. Sin embargo, lo que no puede resolverse es el hecho de actualizar el aval, puesto que, bajo mi opinión, será un cargo menos para el comprador que se trasladaría a la entidad financiera encargada de «mantenerla en vigor». Sería muy retorcido pensar que de nuevo el legislador es objeto de oportunismo y pretende beneficiar indirectamente a las entidades de crédito...

En segundo lugar, la letra *b* puede ser objeto de las mismas cuestiones que ocurría con el seguro de caución en este punto, pues la redacción de este apartado es similar. Básicamente se cuestiona de nuevo qué ocurre con la prórroga dada por el comprador al promotor y sus efectos sobre la garantía.

Finalmente, respecto al plazo de caducidad de dos años, vendría a equipararse al plazo de prescripción de dos años previsto para el seguro de caución, pero lo cierto es que, como todo buen jurista debe saber, la caducidad y la prescripción son dos instituciones jurídicas distintas, con efectos distintos. El legislador ha querido establecer el mismo régimen, pero no lo ha conseguido a causa de la nefasta redacción.

Como señala CARRASCO PERERA, «[b]ajo la urgencia -que no existía- de fijar un plazo de caducidad al aval, lo que de hecho se consigue es hacerlo enteramente vulnerable a las prórrogas no consentidas por el avalista»<sup>20</sup>. Hay que dar por hecho que estas circunstancias no han sido previstas por el legislador.

## 5. Cancelación de la garantía

El apartado seis de la disposición adicional primera de la LOE, que se basa en el texto del anterior artículo 4 de la Ley 57/1968, indica que «expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten

---

<sup>20</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Sobre una propuesta...», *op. cit.*

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».

De esta redacción se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La garantía se cancela en todo caso con la expedición de la cédula de habitabilidad o documento equivalente, siempre que el promotor acredite el intento de entrega de la vivienda al comprador. Da igual que el comprador acepte o no la entrega de la vivienda, el promotor ha cumplido con su cometido y, por tanto, la garantía se extingue junto con la obligación, quedando la entidad liberada de posibles reclamaciones posteriores.
- Sin embargo, no se especifica el modo en el que el promotor debe «acreditar» el ofrecimiento.
- Pero lo cierto es que del tenor literal del texto puede entenderse que la garantía no puede extinguirse en el supuesto de que el comprador rehúse recibir la vivienda con independencia de que se hayan cumplido «las condiciones anteriores», esto es, la expedición de la cédula de habitabilidad y la acreditación por el promotor, lo cual resulta sorprendente.

## **6. Publicidad de la promoción de viviendas**

El apartado seis regula la publicidad de la promoción de viviendas, recogiendo prácticamente el texto del artículo 5 Ley 57/68, e indicando que en la publicidad se informará que el promotor ajustará su actuación a las exigencias de la LOE, la denominación de la entidad garante y la entidad de crédito donde se encuentre la cuenta especial. Básicamente se trata de la misma información que debe suministrarse en el contrato, aunque la trascendencia de esta exigencia se encuentra en que la información facilitada tanto en la publicidad como en el contrato deberá ser idéntica y libre de incongruencias.

Asimismo, no hay que olvidar que el documento en que se formalice la garantía deberá estar a disposición del público y de las autoridades competentes en materia de consumo (art. 7 RD 515/1989), por lo que los potenciales compradores o adherentes podrán consultarlo sin oposición del promotor.

## 7. Infracciones y sanciones

Respecto a las infracciones y sanciones, se regula ahora de un modo más amplio, indicándose que ya no sólo cabe infracción conforme a la legislación específica de materia de ordenación de la edificación, sino que también constituirá una infracción en materia de consumo, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la DGSFP.

Por tanto, una acción u omisión puede constituir una triple sanción: en materia de consumo, por parte de la DGSFP y por parte de la legislación específica en materia de ordenación de la edificación. Caen las aseguradoras en un agravio comparativo respecto de las entidades financieras, puesto que nada se dice sobre las competencias atribuidas al Banco de España.

Y es que, además, «no es el promotor el único que puede incumplir esta norma. También el banco que no vigila la constitución de la garantía, el banco que no se cuida del destino de fondos en la cuenta especial, la aseguradora o el avalista que no cumple las obligaciones (¡incluso la de pago!) que le impone la norma»<sup>21</sup>.

Finalmente, se indica que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía dará lugar a una sanción de hasta el 25 % de las cantidades cuya devolución deba ser «asegurada» (a mi entender, aquí habría sido más apropiado utilizar el término «garantizada», para incluir a las avalistas garantes dentro del ámbito subjetivo de la sanción y no propiciar así un nuevo agravio comparativo), o la que corresponda según la normativa de cada Comunidad Autónoma.

## 8. Adaptación del régimen de cantidades adelantadas a cuenta (nueva disposición transitoria tercera)

Se añade una nueva disposición transitoria tercera a la LOE con el propósito de que las entidades aseguradoras adapten las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 a este nuevo régimen introducido por la LOSSEAR antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen desde esta fecha.

---

<sup>21</sup> CARRASCO PERERA, A.: «Sobre una propuesta...», *op. cit.*

## **9. Derogaciones normativas (nueva disposición derogatoria tercera)**

Por último, se añade una disposición derogatoria tercera con el fin de derogar cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la LOE, especialmente la Ley 57/68, el Decreto 3114/1968 sobre aplicación de la Ley 57/68 a las comunidades y cooperativas de viviendas, y la Orden de 29 de noviembre de 1968.

Esta disposición derogatoria es signo más que evidente de la intención del legislador de refundir y actualizar la normativa de este ámbito en la LOE.